

KOMMUNIKASJONSKONTROLL

Herunder dokumentinnsyn, forholdet til menneskerettighetene og
overskuddsinformasjon

Kandidatnummer: 287

Veileder: Jan Glent

Leveringsfrist: 25. november

Til sammen 17847 ord

22.11.2005

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presentasjon av oppgavens tema og problemstilling	1
1.2	Metode	2
<u>2</u>	<u>HISTORIKK</u>	<u>3</u>
<u>3</u>	<u>KOMMUNIKASJONSKONTROLL</u>	<u>5</u>
3.1	Formålet med politiets bruk av tvangsmidler	5
3.2	Hva er kommunikasjonsskontroll ?	5
3.2.1	Generelt	5
3.2.2	Kommunikasjonsavlytting	6
3.2.3	Kontroll av trafikkdata	7
3.2.4	Identifisering av kommunikasjonsanlegg	8
3.2.4.1	Identifisering uten avlytting	9
3.2.4.2	Identifisering ved hjelp av avlytting	9
3.3	Vilkår for at kommunikasjonsskontroll kan iverksettes	10
3.3.1	Skjellig grunn til mistanke	10
3.3.2	Strafferammens lengde	11
3.3.3	Vesentlighetskravet	13
3.3.4	Forholdsmessighetsprinsippet	15
3.3.5	Kjennelse fra retten	17
3.3.6	Personell kompetanse innen politiet	17
3.4	Nødrettsbetraktninger	17
3.5	Krav til begrunnelse ved begjæring om kommunikasjonsskontroll	18
3.6	Rettens begrunnelse ved kjennelser om kommunikasjonsskontroll	21
3.7	Hvordan foregår kommunikasjonsskontroll ?	22

3.8	Forholdet til reglene om romavlytting	23
<u>4</u>	<u>KOMMUNIKASJONSKONTROLL FOR Å AVVERGE ALVORLIG KRIMINALITET</u>	<u>26</u>
4.1	Generelt	26
4.2	Mistankevilkåret	26
4.3	Kriminalitetskrav	28
4.4	Vesentlighetskravet	28
4.5	Skjerpet forholdsmessighetskrav for visse typer tvangsmidler	29
4.6	Behovet	29
<u>5</u>	<u>INNSYNSRETTEEN I KOMMUNIKASJONSKONTROLLMATERIELL</u>	<u>31</u>
5.1	Innledning	31
5.2	Innsynsretten på etterforskningsstadiet	32
5.2.1	Straffeprosessloven § 242	32
5.2.1.1	”Sakens dokumenter”	32
5.2.2	Unntak fra retten til innsyn	33
5.2.3	Spesielle regler for innsyn i saker om kommunikasjonskontroll	34
5.2.4	Særregel for offentlig oppnevnt advokat	34
5.3	Straffeprosessloven § 242 i forhold til § 216i	36
5.4	Straffeprosessloven § 242a	40
5.5	Innsynsretten etter at tiltale er tatt ut	42
5.5.1	Utgangspunktet: fullt innsyn	42
5.5.2	Innsynsrett i kommunikasjonsmateriell påtalemyndigheten ikke påberoper som bevis	42
<u>6</u>	<u>FORHOLDET TIL MENNESKERETTIGHETENE</u>	<u>47</u>

6.1	Innledning	47
6.2	EMK art 6	48
6.2.1	Generelt	48
6.2.2	Upartisk og uavhengig domstol	48
6.2.3	Krav til begrunnelse	51
6.2.4	Rett til forsvarer	51
6.3	EMK art 8, Retten til respekt for privatliv og familieliv	51
6.3.1	Utgangspunkt: reglene om kommunikasjonskontroll griper inn i artikkel 8	51
6.3.2	Unntak for inngrep som tilfredsstiller kravene i artikkel 8 (2)	52
<u>7</u>	<u>BRUK AV OVERSKUDDSinFORMASJON</u>	<u>54</u>
7.1	Generelt	54
7.2	Taushetsplikt	55
7.3	Unntak for taushetsplikten	55
7.3.1	Bruk av overskuddsinformasjon ved etterforskningen	55
7.3.2	Overskuddsinformasjon som bevis	57
7.3.3	Kommunikasjonskontroll foretatt i utlandet	58
7.3.4	”for å forebygge at noen uskyldige blir straffet”	60
7.3.5	Avvergelse av straffbare handlinger	60
7.3.6	Opplysninger til kontrollutvalget	60
<u>8</u>	<u>KONTROLLMEKANISMER FOR AT KOMMUNIKASJONSKONTROLL BLIR UTFØRT PÅ EN FORSVARLIG MÅTE</u>	<u>61</u>
<u>9</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>64</u>
<u>10</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>66</u>

1 Innledning

1.1 Presentasjon av oppgavens tema og problemstilling

Hemmelig avlytting er i utgangspunktet straffbart, jf Almindelig borgerlig Straffelov 1902 (straffeloven) § 145a. Legalitetsprinsippet krever dermed at politiet må ha hjemmel i lov.

Kommunikasjonskontroll reguleres i straffeprosessloven av 22.mai 1981 nr.25 (straffeprosessloven) kapittel 16a. Kontrollen kan gå ut på kommunikasjonsavlytting etter straffeprosessloven § 216a, og ”*annen kontroll av kommunikasjonsanlegg*” etter straffeprosessloven § 216b.

Tendensen har gått i retning av en organisert form for kriminalitet. Samarbeid mellom kriminelle nettverk og kriminalitet over landegrensene er blitt mer vanlig.

For at politiet skal oppklare kriminelle handlinger av denne art, er blant annet kommunikasjonskontroll et viktig hjelpemiddel. På den annen side må man huske på hensynet til personvern og rettssikkerhet.

Jeg starter med å ta for meg historikken til dagens regler om kommunikasjonskontroll.

Forhistorien er viktig for å forklare reglene. For eksempel viser rettspraksis ofte til hvordan rettstilstanden var før, særlig ved spørsmål vedrørende dokumentinnsyn.

Jeg skal redegjøre for hva kommunikasjonskontroll er og når det kan begjæres iverksatt.

Jeg skal se på bruk av kommunikasjonskontroll i avvergende øyemed.

For å få en mer praktisk vinkling på oppgaven, har jeg vært i kontakt med Oslo Tingrett og Nye Kripos, som begge er sentrale aktører på dette felt. Jeg skal se på politiets begjæringer om kommunikasjonskontroll og rettens begrunnelse ved slike begjæringer.

På grunn av likhetstrekkene til romavlytting, har jeg også et punkt om forholdet til disse reglene.

Jeg har lagt stor vekt på forholdet til menneskerettighetene, dokumentinnsyn og politiets bruk av overskuddsinformasjon. Avhandlingen har derfor et eget kapittel om forholdet til menneskerettighetene. Menneskerettighetene er et sentralt tema på dette området, siden

kommunikasjonskontroll er inngripende overfor den som utsettes for det. Når det gjelder innsynsretten etter EMK artikkel 6, har jeg valgt å ta dette inn under straffeprosesslovens regler om dokumentinnsyn i kapittel 5. Jeg mener dette gir best ”flyt” i drøftelsen, siden jeg ser på reglene opp mot EMK. Dokumentinnsyn er et aktuelt tema, og har vært oppe i NOKAS - saken, både på etterforskningsstadiet og etter tiltalen ble tatt ut. Innsyn i kommunikasjonsmateriell kan by på vanskelige spørsmål, på grunn av spesielle taushetsregler som gjelder på dette området.

Jeg skal se på politiets adgang til å bruke overskuddsinformasjon.

For at mistenktes rettssikkerhet blir ivaretatt på best mulig måte, er det viktig med gode kontrollordninger. Dette tar jeg for meg i et eget kapittel.

Bakgrunn for valg av tema er at dette er et spennende tema, som reiser mange problemstillinger. Av hensyn til at avhandlingen skal falle inn under 18000 ord, avgrenser jeg mot saker som går på rikets sikkerhet og politiets sikkerhetstjeneste (PST).

1.2 Metode

Jeg har benyttet meg av norsk juridisk metode ved arbeidet med denne avhandlingen.

Lovteksten er det naturlige utgangspunkt. Reglene om kommunikasjonskontroll er også utfyllt med kommunikasjonskontrollforskriften. Der lovteksten alene ikke gir klare svar, er det naturlig å trekke inn andre rettskilder for å kunne trekke konklusjoner.

Jeg har gjennom hele avhandlingen i stor grad gjort bruk av forarbeider, og disse har gitt meg mye hjelp.

Videre har jeg benyttet meg av norsk rettspraksis, samt avgjørelser fra Den Europeiske Menneskerettighetsdomstolen (EMD). Når det gjelder påtalemyndighetens begjæring om kommunikasjonskontroll er disse ikke offentlige, slik at den rettspraksis jeg har brukt, går på dokumentinnsyn, overskuddsinformasjon og inhabilitet.

Juridisk teori har jeg også brukt som grunnlag for avhandlingen.

2 Historikk

Adgangen til kommunikasjonskontroll griper inn i viktige personvern- og rettssikkerhetshensyn. Det er disse hensynene som har medført tilbakeholdenhet med å tillate kommunikasjonskontroll, og reglene har vært gitt et meget begrenset anvendelsesområde.

På den andre side står hensynet til en effektiv kriminalitetsbekjempelse. Dette hensynet har medført vesentlige endringer i adgangen til kommunikasjonskontroll.

Fra først av var regler om telefonkontroll gitt i midlertidig lov av 17. desember 1976 nr.99. På grunn av personvernshensynene var det en skepsis mot å gjøre reglene permanente, og de ble istedenfor forlenget flere ganger.¹ I to avgjørelser fra Høyesterett² ble det fastslått at opplysninger fra telefonkontroll kan brukes som bevis i straffesaker og at tiltalte og forsvareren skal få vite om det var foretatt telefonkontroll, og at det skulle gis innsyn i slike dokumenter. Dette førte til lovendringer, og reglene ble gjort permanente i lov av 5. juni 1992 nr.52. Telefonkontroll kunne bare foretas i narkotikasaker, og det saker om rikets sikkerhet ble behandlet etter telefonkontrollloven av 1915. Etter disse reglene ble det forbud mot å bruke opplysninger fra telefonkontroll som bevis under hovedforhandlingen, og mistenkte hadde ikke krav på innsyn.

NOU 1993:3 om strafferettslige regler i terroristbekjempelsen og NOU 1997:15 om etterforskningsmetoder for bekjempelse av kriminalitet var bakgrunnen for at reglene om telefonkontroll ble revidert i 1999.³ Telefonkontrollloven ble opphevet, og straffeprosessloven omhandler nå alle former for kommunikasjonskontroll. Telefonkontroll ble erstattet med kommunikasjonskontroll, dette for å presisere at det ikke hadde noen betydning hvilken kommunikasjon som benyttes. Adgangen til å foreta kommunikasjonskontroll ble utvidet fra å gjelde narkotikasaker og saker om rikets

¹ Bjerke og Keiserud bind I (2001) side 737-738

² Rt.1991 side 1018 og Rt 1991 side 1142

³ Ot.prp.nr 64 (1998-1999) Om lov om endringer i straffeprosessloven (etterforskningsmetoder m v)

sikkerhet, til å omfatte de aller fleste former for alvorlig kriminalitet. Videre ble også området for hva kontrollen kan gjelde utvidet fra å gjelde "*samtaler*" til "*samtaler eller annen kommunikasjon*", se straffeprosessloven § 216a fjerde ledd og § 216b annet ledd bokstav a. Grunnen til denne utvidelsen var å gjøre det klart at det ikke hadde noen betydning hvilken form informasjonen har.⁴

Det var også oppe spørsmål om avlyttingen skulle gjelde telefoner som mistenkte antas å ville ringe til, men departementet mente dette var for inngripende.

En annen viktig endring var at bevisforbudet ble opphevet samtidig som siktede og forsvareren ble gitt innsynsrett. Grunnen er at dette er best i samsvar med det materielle sannhetsprisnipp og kontradiksjonsprinsippet, jf departementets uttalelser under punkt 8.7.5. Dette fører også til at avgjørelsene fra 1991 på ny får betydning.

Når det gjaldt overskuddsinformasjon var det også før lovendringen i 1999 adgang til å tillegge overskuddsinformasjon vekt. Overskuddsinformasjon om andre straffbare forhold kunne i utgangspunktet brukes i etterforskningen, men siden det før lovendringen var bevisforbud kunne ikke overskuddsinformasjon fra kommunikasjonsavlytting i en sak brukes som bevis i en annen straffesak. Heller ikke var det adgang til å bruke overskuddsinformasjon i forebyggende øyemed.

⁴ Ot.prp.nr.64 (1998-1999) punkt 8.4.1.5

3 Kommunikasjonskontroll

3.1 Formålet med politiets bruk av tvangsmidler

Tvangsmidler er ledd i politiets etterforskning. Etterforskning settes i gang når det *"er rimelig grunn til å undersøke om det foreligger straffbart forhold"* jf straffeprosessloven § 224 første ledd.

Formålet med etterforskningen følger av straffeprosessloven § 226. Her følger det at formålet er *"å skaffe til veie nødvendige opplysninger for"* etter bokstav a å avgjøre påtalespørsmålet. Videre er formålet å være grunnlag for den senere behandling for retten, og etter bokstav d *"å fullbyrde straff og andre reaksjoner."*

Straffeprosessloven § 226 har også fått en ny bokstav c, som presiserer at det å skaffe til veie nødvendige opplysninger for *"å avverge eller stanse straffbare handlinger"* er et legitimt etterforskningsformål.

3.2 Hva er kommunikasjonskontroll ?

3.2.1 Generelt

Til forskjell fra andre tvangsmidler, som for eksempel pågrep og fengsling (straffeprosessloven kapittel 14), er kommunikasjonskontroll et hemmelig tvangsmiddel. Det vil si at tvangsmiddelet blir iverksatt uten å varsle den mistenkte.

Hvis man skulle varsle en mistenkt om at det for eksempel vil bli utført telefonavlytting, ville hele poenget med kommunikasjonskontroll være borte.

Siden den mistenkte ikke får underretning om at det er besluttet å bruke et tvangsmiddel mot ham jf § 216 e annet ledd, får han ikke stilling som siktet, jf straffeprosessloven § 82 tredje ledd. Således er kommunikasjonskontroll et ekstraordinært etterforskningsmiddel.

Kommunikasjonskontroll kan gå ut på kommunikasjonsavlytting etter straffeprosessloven § 216a og på *"annen kontroll av kommunikasjonsanlegg"* etter straffeprosessloven § 216b.

Kommunikasjonskontroll kan også bli brukt for å avverge alvorlig kriminalitet, og reguleres av straffeprosessloven § 222d.

3.2.2 Kommunikasjonsavlytting

Etter straffeprosessloven § 216a tredje ledd kan kommunikasjonsavlytting gå ut på å *”avlytte samtaler eller annen kommunikasjon til og fra bestemte telefoner, datamaskiner eller andre anlegg for elektronisk kommunikasjon som den mistenkte besitter eller kan antas å ville bruke.”*

Bestemmelsen er formulert slik at *”samtaler”* bare er eksempel på kommunikasjon, siden bestemmelsen bruker *”eller”*. Kommunikasjon i form av samtale er nok det man først tenker på når man hører ordet *”kommunikasjonsavlytting”*. Særlig tenker jeg på at loven bruker ordet *”avlytte”*.

Men ordlyden er ikke til hinder for at andre former for kommunikasjon også omfattes. Eksempler på annen kommunikasjon kan være overføring av tekst, film, bilde og tale.⁵ Forarbeidene forklarer at grunnen til at samtaleavlytting bare er et eksempel på kommunikasjon, er at det i kriminelle miljøer ofte kan være slik at de velger å benytte andre former for kommunikasjon enn telefonsamtaler.

I ordet *”kommunikasjon”* ligger det en viktig begrensning. Dette vil si at der to kriminelle benytter seg av e-mail som kommunikasjonsmiddel, kan ikke politiet påberope seg reglene om kommunikasjonskontroll når meldingen er lagret på mottakers data. Da er ikke informasjonen lenger *”kommunikasjon”* i lovens forstand.⁶ Da må politiet eventuelt kreve informasjonen utlevert etter straffeprosessloven § 210 eller beslaglegge den etter straffeprosessloven § 203, da selvsagt hvis vilkårene i bestemmelsene er oppfylt. Men akkurat i det meldingen blir sendt fra en data til en annen, omfattes den av kommunikasjonskontroll.

⁵ Ot.prp.nr.64 (1998-1999) punkt 8.4.1.5

⁶ Ot.prp.nr.64 (1998-1999) punkt 8.4.1.5

Videre må kommunikasjonen være i den mistenktes besittelse eller slik at han *"kan antas å ville bruke"* den, jf tredje ledd.

Avlytting av samtaler der politiet selv deltar faller inn under straffeprosessloven § 216l.

3.2.3 Kontroll av trafikkdata

Straffeprosessloven § 216b omhandler kommunikasjonskontroll i form av *"annen kontroll av kommunikasjonsanlegg"*, jf første ledd. Hva kontrollen kan gå ut på er nærmere presisert i annet ledd bokstav a til c.

For det første kan den bestå i *"å innstille eller avbryte"* kommunikasjon, jf annet ledd bokstav a. På samme måte som § 216a gjelder den all form for overføring av informasjon mellom kommunikasjonsanlegg, og kontrollen kan bare gjelde anlegg *"som den mistenkte besitter eller kan antas å ville bruke"*. Anlegget må også kunne identifiseres, jf annet ledd bokstav a der det kreves at det må dreie seg om *"bestemte"* kommunikasjonsanlegg.

For det andre kan den bestå i å stenge kommunikasjonsanlegg jf bokstav b og politiet kan innhente opplysninger fra *"eier eller tilbyder av nett eller tjeneste"* jf bokstav d. Sistnevnte hjemler adgangen til å innhente trafikkdata.

Politiet kan finne ut i hva slags geografisk området en mobiltelefon har vært på et bestemt tidspunkt, dette faller inn under bokstav c under punktet *"...andre data knyttet til kommunikasjonen."* Forarbeidene nevner også som eksempel at dette hjemler adgang til å finne ut hvem som var pålogget en datamaskin da den ble benyttet til kommunikasjon.⁷

I tillegg kan politiet finne ut hvilke typer kommunikasjon som har vært i forbindelse med hverandre.

⁷ Ot.prp.nr 64 (1998-1999) under merknaden til § 216b

Bokstav d innebærer at også historiske data så vel som fremtidige data omfattes.⁸ Når det gjelder historiske data vil disse også kunne kreves utlevert eller beslaglegges, jf straffeprosessloven kapittel 16.

Kontroll av trafikkdata vil i mange tilfeller være et effektivt etterforskningsmiddel, siden vi i dagens samfunn benytter oss av teknologi som kan etterlate seg spor.

3.2.4 Identifisering av kommunikasjonsanlegg

I 2005⁹ ble reglene om kommunikasjonskontroll utvidet til også å gjelde identifisering av kommunikasjonsanlegg.

Grunnen er at reglene om kommunikasjonskontroll oppstiller krav om at kommunikasjonsanlegget som ønskes kontrollert må identifiseres. Kriminelle benytter seg ofte av for eksempel mobiltelefoner som er stjålet, slik at identifisering kan bli en utfordring for politiet. Behovet er likevel ikke i seg selv nok, siden dette er et området der hensynet til rettssikkerhet og personvern er særlig viktig. Departementet sier på side 108 i Ot.prp.nr.60 (2004-2005) at avveiningen vil slå ulikt ut, alt ettersom det dreier seg om politiet må avlytte samtaler eller ikke for å finne identiteten på telefonen.

Mobiltelefoner identifiseres ved hjelp av telefonnummer eller IMEI – nummer (International Mobile Equipment Identity) eller et IMSI-nummer (International Mobile Subscriber Identity). Det første angir serienummeret på mobiltelefonen, mens det andre angir abonnenten på telefonens SIM - kort.¹⁰

⁸ Bjerke og Keiserud bind I (2001) side 746

⁹ Ot.prp.nr.60 (2004-2005) Om lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven (romavlytting og bruk av tvangsmidler for å forhindre alvorlig kriminalitet)

¹⁰ Ot.prp.nr.60 (2004-2005) side 104

3.2.4.1 Identifisering uten avlytting

Dette vil gå ut på ”*tekniske observasjoner av anlegget for å kartlegge påloggede identiteter*” i forhold til der mistenkte oppholder seg.¹¹

Dette er mindre betenkelig enn der identifisering skjer ved hjelp av avlytting, og vilkårene har derfor fått samme utforming som straffeprosessloven § 216 b, se annet ledd bokstav c.

3.2.4.2 Identifisering ved hjelp av avlytting

Her kommer rettssikkerhets - og personvernshensyn inn med større tyngde, da det nærmest vil være hovedregelen at avlyttingen kommer til å ramme utenforstående tredjemenn.

Politiet har fått hjemmel til å avlytte samtaler som finner sted i et bestemt område der mistenkte er, med det formål å finne den riktige telefonen mistenkte disponerer. Derfor vil alle samtalene som finner sted i dette aktuelle området kunne bli avlyttet. Dette betegnes som ”*temporær masseavlytting*”.¹²

Siden det dreier seg om avlytting, vil grunnvilkårene etter kommunikasjonsavlytting etter § 216a gjelde. Dette følger av tredje ledd annet punktum, som sier at identifisering av kommunikasjonsanlegg ved hjelp av avlytting er å anse som kommunikasjonsavlytting.

Politiet har etter dette hjemmel til å identifisere telefoner ved hjelp av avlytting. Når telefonen er identifisert, kan politiet få tillatelse til avlytting, dersom vilkårene for det fortsatt foreligger. Det er med andre ord ingen automatikk i at siden politiet har fått tillatelse til å identifisere, så får de automatisk rett til å foreta ordinær telefonavlytting etter at identiteten er brakt på det rene.

En ting som ikke følger direkte av loven, men som er forutsatt i forarbeidene,¹³ er at politiet må avbryte avlyttingen der det kommer frem at denne ikke omhandler den mistenkte. På samme måte skal avlyttingen stanses der identiteten er klarlagt. Justiskomiteen sier i sin

¹¹ Ot.prp.nr.60 (2004-2005) side 109

¹² Ot.prp.nr.60 (2004-2005) side 110

¹³ Ot.prp.nr.60 (2004-2005) side 111

innstilling at ”Målet er å gjenkjenne en persons stemme, ikke å høre hva vedkommende sier.”¹⁴

Burde dette ha fremgått uttrykkelig av loven? Sterke personvern hensyn taler etter min mening for dette, selv om dette er en selvfølge. Allikevel er vi inne på et sensitivt område. Også hensynet til politiets arbeid taler for en presisering av dette i loven. For politiet er det viktig å ha klare retningslinjer å forholde seg til når det gjelder innhenting av bevis. Hvis ikke politiet følger loven, kan beviset bli ansett for å være ulovlig.

3.3 Vilkår for at kommunikasjonskontroll kan iverksettes

Både materielle og prosessuelle vilkår må være oppfylt før kommunikasjonskontroll kan iverksettes. Materielle vilkår betegner det som skal til for å kunne beslutte bruk av kommunikasjonskontroll, mens prosessuelle vilkår er de vilkår som formelt må være i orden.

Vilkårene for kommunikasjonsavlytting i § 216a og vilkårene for annen kontroll av kommunikasjonsanlegg etter § 216b er like med unntak for strafferammevilkåret. Jeg behandler derfor disse to paragrafene under ett.

3.3.1 Skjellig grunn til mistanke

Etter straffeprosessloven § 216a første ledd og § 216b første ledd er det krav om at den personen det planlegges kommunikasjonskontroll overfor, ”med skjellig grunn mistenkes for en handling eller forsøk på en handling”.

”Skjellig grunn til mistanke” er også et vilkår for andre tvangsmidler, som for eksempel ransaking, se straffeprosessloven § 192 første ledd. Med dette stilles det krav til mistankens styrke.

Når noen ”mistenkes” for å ha begått en straffbar handling, foreligger en viss sannsynlighet for at vedkommende har begått handlingen. Dette er ikke nok, siden det kreves ”skjellig grunn”. Mistanken må objektivt sett være slik at det erfaringsmessig er sannsynlig at

¹⁴ Innst.O.nr.113 (2004-2005) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven (romavlytting og bruk av tvangsmidler for å forhindre alvorlig kriminalitet) punkt 8.2

siktede har begått handlingen.¹⁵ For eksempel kan vitneobservasjoner styrke politiets mistanker. Vi har ingen holdepunkter i lovteksten for hvor sterk mistanken må være. Det har imidlertid dannet seg retningslinjer i rettspraksis, og i Rt.1993 s.1302 uttalte kjæremålsutvalget at det måtte stilles et krav om sannsynlighetsovervekt. Det betyr at det må være mer enn 50% sannsynlighet for at alle straffbarhetsvilkårene er oppfylt.¹⁶ Det vil for det første si at den mistenkte må ha handlet i strid med en straffesanksjonert regel, det såkalte lovskravet. I forhold til reglene om kommunikasjonskontroll må det være mistanke om en kriminell handling som kan gi grunnlag for kommunikasjonskontroll. Når forsøk er omfattet, må man trekke en grense nedad mot handlinger av rent forberedende karakter. For det andre må det ikke foreligge straffefrihetsgrunn, for eksempel at handlingen ble foretatt i nødverge, jf straffeloven § 48.

For det tredje må den mistenkte ha utvist nødvendig skyld. Det siste straffbarhetsvilkåret er tilregnelighet. Straffeprosessloven § 216a annet ledd inneholder imidlertid et unntak fra dette straffbarhetsvilkåret, jf også § 216b første ledd annet punktum.

Kommunikasjonskontroll kan iverksettes selv om den mistenkte ikke kan bli idømt straff *"på grunn av bestemmelsene i straffeloven § 44 eller § 46."* Disse bestemmelsene omhandler bestemmelser om at straffen faller bort for når henholdsvis en person er *"psykotisk eller bevisstløs"* eller er under kriminell lavalder.

3.3.2 Strafferammens lengde

Bare de mest alvorlige former for kriminalitet kan være gjenstand for kommunikasjonskontroll. Departementet peker i ot.prp.nr.64 (1998-99) punkt 8.3.1.4 på den lovtekniske fordelene i å knytte grensen til strafferammens lengde. Det er vist til at de øvrige tvangsmidlene i straffeprosessloven bruker strafferammen som avgrensningskriterium, se for eksempel straffeprosessloven § 171 første ledd om pågripelse og fengsling, der disse tvangsmidlene bare kan besluttet iverksatt der det dreier seg om handlinger som kan føre til *"høyere straff enn fengsel i 6 måneder"*.

¹⁵ Hov II (1999) side 49

¹⁶ Ot.prp.nr.64 (1998-1999) punkt 8.3.4.1

Departementet ser også betenkeligheter ved å sette grensen til strafferammen. Det sies blant annet at strafferammen ikke alltid sier *”hvor grovt lovbruddet anses for å være”*.¹⁷

Straffeprosessloven § 216a og § 216b har ulik grense med henhold til strafferammen.

Straffeprosessloven § 216a første ledd inneholder et konkret strafferammevilkår og et vilkår om nærmere angitte kapitler og paragrafer.

Etter første ledd litra a, som er det generelle strafferammevilkåret, kan kommunikasjonskontroll bare besluttet iverksatt hvis det gjelder en straffbar handling som *”etter loven kan medføre straff av fengsel i 10 år eller mer”*. Eksempel på straffbare forhold som vil kunne falle inn under denne strafferammen er grov narkotikaforbrytelse etter straffeloven § 162 annet ledd, der fengsel *”inntil 10 år”* kan anvendes.

Første ledd bokstav b er et unntak fra strafferammevilkåret på 10 år. Uansett strafferammen vil enkelte forbrytelser i straffeloven kapittel 8 og 9 bli omfattet. De bestemmelsene dette gjelder, er listet opp i bokstav b. Det vil si forbrytelser som truer rikets sikkerhet.

Videre er straffelovens *”§ 162 eller § 317 jf 162”* unntatt fra strafferammevilkåret. Det vil si narkotikakriminalitet. Også *”lov om kontroll med eksport av strategiske varer, tjenester og teknologi m v § 5”* er unntatt.

Den som overtrer straffeloven §162 første ledd kan straffes *”med bøter eller med fengsel inntil 2 år”*. Strafferammen er her forholdsvis lav, og en kan da stille spørsmål om det er rimelig å iverksette kommunikasjonskontroll overfor mistanke om overtredelse av denne bestemmelsen. I de fleste tilfeller vil nok forholdsmessighetsprinsippet i straffeprosessloven § 170a sette en stopper for kommunikasjonskontroll her. Iallfall vil det normalt *”vises tilbakeholdenhet med å foreta avlytting når siktelsen gjelder overtredelse av denne bestemmelsen”*¹⁸ Også hensynet til politiets ressurser vil vanligvis tilsi at politiet ikke iverksetter kommunikasjonskontroll.

¹⁷Ot.prp.nr.64. (1998-1999) punkt 8.3.1.4

¹⁸ Bjerke og Keiserud bind I (2001) side 740

Strafferammevilkåret i straffeprosessloven § 216b er også delt inn i ett generelt strafferammevilkår, jf første ledd bokstav a, og ett om nærmere angitte kapitler og paragrafer. Strafferammevilkåret er her ”*fengsel i 5 år eller mer*”, og er lavere enn i § 216a. Dette er på grunn av at kontroll av trafikkdata er ansett for å være mindre integritetskrenkende enn kommunikasjonsavlytting.

Hvorfor er det gjort unntak fra strafferammevilkåret? Begrunnelsen er at kommunikasjonskontroll antas å være et spesielt egnet etterforskningsmiddel for disse typer kriminalitet.¹⁹ Den type kriminalitet som er unntatt fra det generelle strafferammevilkåret er saker som går på rikets sikkerhet og narkotikakriminalitet, og det er nettopp disse typer kriminalitet som det fra først av var adgang til å iverksette kommunikasjonskontroll overfor. Derfor er det lettere å gjøre unntak for disse, enn for den ”nye” kriminaliteten som etter dagens regler kan gi grunnlag for kommunikasjonskontroll.²⁰

3.3.3 Vesentlighetskravet

Straffeprosessloven § 216c gjelder både for kommunikasjonsavlytting etter straffeprosessloven § 216a og for kontroll av trafikkdata etter straffeprosessloven § 216b. Vesentlighetskravet inneholder to krav, for det første må kommunikasjonskontroll ”*være av vesentlig betydning for å oppklare saken*” og for det andre at oppklaringen ”*ellers i vesentlig grad vil bli vanskeliggjort*” jf første ledd. I praksis vil dette gli over i hverandre, og vil si at andre etterforskningsmetoder ikke er tilstrekkelige.²¹ Men politiet trenger ikke faktisk å prøve andre etterforskningsmetoder først, for å bevise at de ikke er anvendelige.²² Vesentlighetskravet har fått samme utforming i straffeprosessloven § 216m om romavlytting og § 222d tredje ledd om tvangsmidler i avvergende øyemed. Derfor er

¹⁹ Bjerke og Keiserud (2001) bind I side 745

²⁰ Bruusgaard, Nye Kripos

²¹ Ot.prp.nr.64 (1998-1999) punkt 8.3.1.4

²² Bjerke og Keiserud bind I (2001) side 748

forarbeidet til disse bestemmelsene også sentrale for forståelsen av vesentlighetskravet ved kommunikasjonskontroll.

I ot.prp.nr.60 (2004-2005) side 71 sier departementet at man ikke bare kan se på hvilke andre metoder som er anvendelige, men også på hensynet til en fornuftig ressursanvendelse. Departementet nevner som eksempel at selv om en omfattende spaning som krever mange ressurser ville ha gitt samme resultat, skal ikke bestemmelsen tolkes så strengt at romavlytting da er utelukket. Et annet moment man må se på er hvor begrenset tid politiet har til rådighet og om politiet kan sette noens liv eller helse i fare.

Det står i første ledd at det *"må antas"* at kommunikasjonskontroll er det etterforskningsmidlet som er best egnet til å oppklare saken. Ifølge Bjerke og Keiserud bind I side 748 sies det at uttrykket må forstås slik at det *"må foreligge mer enn en ren formodning, men det kreves neppe så mye som sannsynlighetsovervekt"*.

Det forutsettes at det ikke gjør seg gjeldende motargumenter som *"gjør det utilrådelig å tillate metoden"*.²³ Videre uttales det, når det gjelder vesentlighetskravet for romkontroll, jf straffeprosessloven § 216m, at det må legges til grunn at romavlytting vil gi opplysninger av sentral betydning for saken. Dette er også sentralt i forhold til reglene om kommunikasjonskontroll.

Loven stiller dessuten spesielle krav der telefonen mistenkte bruker også kan brukes av flere personer, her kreves det *"særlige grunner"* for at kommunikasjonskontroll kan iverksettes, se nærmere §216c annet ledd. Dette er på grunn av personvern hensynet. Det samme gjelder ved telefonkontroll av telefon som tilhører advokat, prest eller lege.

I 2005 fikk § 216c et nytt tredje ledd som oppstiller tilleggsvilkår om *"særlige grunner"* når det gjelder identifisering av kommunikasjonsanlegg etter § 216a tredje ledd annet punktum. Dette gjelder generelt ved masseavlytting, og ikke bare i de tilfellene som

²³ Ot.prp.nr.60 (2004-2005) side 96

omhandles i § 216c annet ledd. Kravet er begrunnet med de særlige personvernshensyn som gjør seg gjeldene ved masseavlytting, på grunn av at det er forholdsvis sikkert at utenforstående tredjemenn blir rammet. Allikevel understrekes det i forarbeidene at *"kravet ikke bør praktiseres så strengt at forbrytere gis anledning til å innrette seg på måter som gjør at de kan føle seg relativt sikre på ikke å bli avlyttet."*²⁴ Departementet nevner som eksempel at en mistenkt tar opphold i en bygning der også en advokat oppholder seg, som nettopp er et moment i vurderingen av om særlige grunner foreligger.

En annen grunn som departementet nevner er at en slik form for avlytting sjelden vil være langvarig, og uansett vil varigheten av avlyttingen inngå i forholdsmessighetsvurderingen etter straffeprosessloven § 170a.

Når det gjelder identifisering som ikke går ut på avlytting etter § 216b annet ledd bokstav c, gjelder ikke tilsvarende tilleggsvilkår.

3.3.4 Forholdsmessighetsprinsippet

I 1999 fikk straffeprosesslovens fjerde del om tvangsmidler en generell bestemmelse om forholdsmessighet, nemlig straffeprosessloven § 170a. Før vi fikk denne bestemmelsen kom forholdsmessighetsprinsippet til uttrykk i bestemmelsene om pågrepelse og varetektsfengsling, se straffeprosessloven § 184. Det var imidlertid også før 1999 alminnelig antatt at det eksisterte et generelt prinsipp om forholdsmessighet ved bruk av tvangsmidler i straffeprosessen.

Forholdsmessighetsprinsippet kommer inn med full styrke både når det gjelder spørsmålet om kommunikasjonskontroll kan benyttes og for hvor lenge det skal opprettholdes.²⁵ Det kan også føre til at selv om vilkårene for å iverksette kommunikasjonskontroll er oppfylt, er det likevel ikke sikkert at kommunikasjonskontroll bør gjennomføres. Er det tilstrekkelig med et mindre inngripende etterforskningsmiddel, skal dette gjøres først. Sentralt i

²⁴ Ot.prp.nr.60 (2004-2005) side 111

²⁵ Hov II side 76

vurderingen av om inngrepet kan iverksettes, er om tvangsmiddelet vil være et uforholdsmessig inngrep.²⁶

Når man skal avgjøre om et inngrep er i strid med forholdsmessighetsprinsippet, må det foretas en skjønsmessig helhetsvurdering.

I rettspraksis har det dannet seg momenter som en skal legge vekt i forholdsmessighetsvurderingen. Det vil for eksempel være av betydning hvor alvorlig kriminalitet det handler om. Er det for eksempel snakk om alvorlig og organisert narkotikakriminalitet, skal det mye til før man kommer til at det er uforholdsmessig å iverksette kommunikasjonskontroll jf ot.prp.nr.64 (1998-99) i kapittel 8. Mistankens styrke er også sentral i vurderingen. Det vil si at ikke en hvilken som helst liten mistanke kan rettferdiggjøre bruk av kommunikasjonskontroll. Også hensyn til den som utsettes for bruk av tvangsmidlet kan tilsi at bruken ikke skal gjennomføres.²⁷ For eksempel at det vil være for stor påkjenning for vedkommende. På den annen side vil det nesten alltid være en påkjenning for personer som utsettes for tvangsmidler under etterforskningen. Selv om man skulle komme til at det ikke vil være et uforholdsmessig inngrep, er det ikke sikkert at det *"er tilstrekkelig grunn til å bruke det."* jf straffeprosessloven § 170a første punktum. Straffeprosessloven § 170a forstås slik at første punktum har selvstendig betydning ved siden av annet punktum.²⁸

Forholdsmessighetsprinsippet tillegges stor vekt i praksis, og retten viser til dette i sin kjennelse om hvorvidt kommunikasjonskontroll kan iverksettes.²⁹

²⁶ Ot.prp. nr. 64 (1998-1999) under merknaden til § 170a

²⁷ Hov bind II (1999) side 77

²⁸ Andenæs bind II side 149

²⁹ Bahr (Oslo Tingrett)

3.3.5 Kjennelse fra retten

For at politiet skal kunne iverksette kommunikasjonskontroll, må de ha tillatelse fra retten jf §§ 216a og 216b første ledd. Politiet må sende inn en begjæring til retten, se nærmere om dette under punkt 3.6.

I tilfeller der det haster, og politiet ikke har tid til å vente på kjennelse fra retten fordi det kan være fare for etterforskningen, *”kan ordre fra påtalemyndigheten tre istedenfor kjennelse av retten”*, jf § 216d første ledd. Dette vil kunne være tilfelle i akutte nødsituasjoner, for eksempel der politiet har fått rede på at noen er blitt holdt som gisler. Det er imidlertid strenge krav da det står at det må være fare for at etterforskningen *”vil lide”*, jf første ledd. *”Antakelig bør det foreligge sannsynlighetsovervekt både for at det er stor fare og at dette er viktig for etterforskningen.”*³⁰

Retten kommer imidlertid inn i etterkant, for retten må godkjenne kommunikasjonskontrollen *”senest innen 24 timer etter at kontrollen ble påbegynt”*, jf annet ledd. Der retten skulle komme til at kommunikasjonskontrollen var ulovlig, er dette ulovlig ervervet bevis.

3.3.6 Personell kompetanse innen politiet

Begjæringer om kommunikasjonskontroll kan bare treffes av personer innen påtalemyndigheten nevnt i §216d annet ledd. I utgangspunktet er dette politimesteren, men også andre med *”ledende stillinger”* kan få denne myndigheten der dette bestemmes, se § 216d annet punktum og kontrollforskriften § 1 siste ledd jf § 2.

3.4 Nødrettsbetraktninger

Det er antatt at tvangsmidler kan hjemles i bestemmelsen om nødrett etter straffeloven § 47. Bestemmelsen beskriver nødssituasjonen som en fare som truer *”noens person eller gods”*. Det er sikker rett at både interessene til den som utøver nødrett og andres interesser omfattes.³¹

³⁰ Bjerke og Keiserud bind I side 750

Jeg går ikke konkret inn på vilkårene etter denne bestemmelsen, men de er strenge og forutsetter en konkret interesseavveining.

Det er viktig å presisere at nødrett aldri kan brukes hvis formålet kun er å oppklare sak eller skaffe bevis med sikte på en senere rettssak. Det må foreligge en ekstraordinær situasjon, se § 47 som krever at det må foreligge "*fare*".

Nødrett som hjemmelsgrunnlag gir imidlertid ikke adgang til noen langsiktig bruk av tvangsmidler. Et annet minus er at retten ikke kommer inn i bildet. I forhold til EMK kan det også oppstå problemer, i og med at EMD oppstiller visse krav til forutberegnlighet og klarhet når det gjelder lovtekster.

3.5 Krav til begrunnelse ved begjæring om kommunikasjonskontroll

Påtalemyndigheten argumenterer ut i fra loven.

Når det gjelder forholdsmessighetsprinsippet, er også dette noe som vurderes, men her er det viktig å merke at der det ikke "*er tilstrekkelig grunn til*" å iverksette et tvangsmiddel, jf forholdsmessighetsprinsippet i straffeprosessloven § 170a, tilsier hensynet til politiets ressurser at kommunikasjonskontroll heller ikke blir iverksatt.

Kommunikasjonskontroll er svært ressurskrevende for politiet, slik at politiet ikke begjærer det iverksatt uten at de mener det er et sterkt behov for det. Bruusgaard i Nye Kripos³² sier at hvis politiet hadde ønsket det, kunne de fått tillatelse til kommunikasjonskontroll i mange flere tilfeller enn det som i dag blir utført. Det er mulig å si at politiets ressurser i seg selv er med på å begrense bruken av kommunikasjonskontroll, slik at det vil være sjelden at politiet vil begjære kommunikasjonskontroll som er i randsonen i forhold til forholdsmessighetsprinsippet etter straffeprosessloven § 170a. Jeg vil også tro på bakgrunn av dette, at ressursmangel i praksis vil være en like stor skranke for kommunikasjonskontroll som forholdsmessighetsprinsippet vil være.

³¹ Eskeland (2000) side 229

³² jf samtale september 2005

Politiet må også i begjæringen vurdere om kommunikasjonskontrollen ”vil være av vesentlig betydning for å oppklare saken, og at oppklaring ellers i vesentlig grad vil bli vanskeliggjort”, jf straffeprosessloven § 216c første ledd. I artikkelen ”Advokater som gisler i telefonavlyttingssaker”³³ skriver advokat Knut Rognlien at for å ta stilling til om disse vilkår er oppfylt, må forsvarerne få se materialet politiet sitter inne med slik at det avgjøres om andre etterforskningsmetoder er tilstrekkelig. Han mener at poenget er å vise at det ikke er mulig å oppklare saken uten telefonavlytting. I loven heter det at ”*det må antas*” at kommunikasjonskontroll er den beste løsningen. Som nevnt ovenfor under punkt 3.3.3 betyr ikke dette uttrykket et krav om sannsynlighetsovervekt. Jeg vil anta en streng tolkning av straffeprosessloven § 216c første ledd vil kunne forvanske etterforskningen. Dersom politiet må vurdere alle andre etterforskningsmetoder grundig, og konkludere med at de ikke vil holde mål for å oppklare saken, vil dette ta tid.

Jeg antar også at så lenge politiet legger frem nok dokumentasjon for retten, vil retten vurdere dette grundig.

For å illustrere mitt poeng er det i store narkotikasaker bakmenn, som ikke direkte begår den straffbare handlingen selv. For å ta mellommennene vil muligens andre etterforskningsmetoder som spaning være tilstrekkelig. For eksempel for å ta den som selger narkotikaen videre. Men for å ta bakmennene må man ofte ta i bruk andre etterforskningsmetoder. De opptrer som regel ikke åpenlyst, men de må ha en eller annen form for kommunikasjon med sine medsammensvorne, slik at kommunikasjonskontroll etter straffeprosessloven § 216a og § 216b vil gjøre det lettere å få bevis mot bakmenn.

Et spørsmål som ble berørt i forarbeidene til endringsloven i 1999³⁴ var spørsmålet rundt vikarierende motiv. Med vikarierende motiv menes at det kan bli begjært kommunikasjonskontroll ut i fra andre motiver enn det som er grunnlag for selve begjæringen. Jeg spurte både en dommer ved Oslo Tingrett³⁵ og politijuristen i Nye Kripos om dette var noe stort problem i praksis. Fra Oslo Tingrett fikk jeg opplyst at han aldri

³³ Artikkel fra Advokatredet.no

³⁴ ot.prp.nr 64 (1998-99) punkt 8.9.2.4

³⁵ Bahr (Oslo Tingrett)

hadde oppdaget det i sitt arbeid, og fra Nye Kripes er heller ikke dette i dag et problem, og han henviste til at riksadvokaten har vært veldig klar i sin mening når det gjelder dette, slik at dette ikke skal tillates.

Departementet uttaler i ot.prp.nr.64 punkt 8.9.2.4 at siden området for kommunikasjonskontroll ble utvidet, reduseres faren for at kommunikasjonskontroll blir iverksatt der det ikke er adgang til det. Kontrollutvalget for kommunikasjonskontroll saker vil også kontrollere om det blir brukt vikarierende motiv, jf kontrollforskriften § 14 første ledd første punktum der det står at utvalget skal kontrollere at *”kommunikasjonskontroll ikke skjer av hensyn til etterforskning i andre saker enn dem som er nevnt i straffeprosessloven § 216a eller § 216b.”*

Vil det være et problem hvis to saker glir inn i hverandre? For eksempel innfører to personer narkotika til Norge og selger dette her i landet. Overfor disse kan politiet iverksette telefonavlytting dersom vilkårene for det er tilstede. Straffeloven § 162 er nevnt i straffeprosessloven § 216a. De samme personene begår i forbindelse med dette en rekke tyverier for å kunne finansiere virksomheten sin. Politiet har vanskeligheter med å skaffe sterke nok bevis for å kunne få disse personene tiltalt. Tyveri, jf straffeloven § 257, kan ikke medføre bruk av telefonavlytting etter straffeprosessloven

§ 216a, siden strafferammen er for lav. Hvis politiet begjærer telefonavlytting etter straffeprosessloven § 216a på grunn av narkotikakriminaliteten etter straffeloven § 162 og samtidig har tyveriene i tankene, er det etter min mening en realitet i det politiet gjør, siden det er nær sammenheng mellom sakene, slik at det ikke blir vikarierende motiv. Da blir informasjonen om tyveriene overskuddsinformasjon i forhold til telefonavlyttingen.³⁶

Dette er selvsagt under den forutsetning at politiet må iverksette telefonavlytting for å få bevis mot disse personene i forhold til narkotikakriminaliteten. Har politiet nok informasjon til å kunne reise tiltale etter straffeloven § 162 før begjæringen om telefonavlytting, men legger for eksempel ikke frem alt for retten, vil det ikke være adgang til det. Da blir det en omgåelse av reglene.

³⁶ Se nærmere kapittel 7 og særlig punkt 7.3.2 om når informasjonen kan benyttes

3.6 Rettens begrunnelse ved kjennelser om kommunikasjonskontroll

Etter Lund-kommisjonens arbeid³⁷ kom det frem at rettens begrunnelse i avlyttingssaker var dårlig begrunnet og retten stolte for mye på politiets vurderinger, noe som medførte at rettens kontroll nærmest ble en illusjon. Det fremgikk ikke av kjennelsene at lovens vilkår var oppfylt. Tvert imot viste rapporten at det i mange tilfeller ble besluttet kommunikasjonskontroll uten at lovens vilkår var oppfylt. Det var i denne perioden heller ingen forsvarer som ivaretok mistenktes interesser under disse møtene, slik at dette ikke på noen måte tilfredsstilte kravene til en kontradiktorisk behandling. Rettens beslutninger ble preget av en standardbeslutning, det vil si at det ikke så ut som det ble foretatt en konkret vurdering i det enkelte tilfellet.

Retten treffer sin avgjørelse ved kjennelse, og kjennelser skal grunngis, jf straffeprosessloven § 52 første ledd første punktum.

Det er ikke nærmere spesifisert hvor omfattende begrunnelsen skal være, og det er antatt at retten selv bestemmer hvor omfattende de vil begrunne en kjennelse, men at det alltid må komme klart frem hvilket faktum avgjørelsen bygger på og hva slags rettsanvendelse retten har lagt til grunn³⁸

Det vil i kommunikasjonskontrollsaker bare være forsvareren som får tilgang til begrunnelsen, og ikke mistenkte, jf straffeprosessloven § 216e annet ledd.

Retten drøfter om betingelsene etter loven foreligger, slik at det skal komme frem om vilkårene er oppfylt. I ot.prp.nr 64 (1998-99) kapittel 8 pekes det på at oppnevning av offentlig advokat vil kunne føre til at saken blir bedre opplyst og at spørsmålet om lovens vilkår er oppfylt vil komme bedre frem. Er forsvareren uenig i om lovens vilkår er oppfylt, vil rettens begrunnelse bli enda mer utførlig.³⁹ Bruusgaard i Nye Kripos sier også at tendensen de siste årene har gått i retning av krav om strengere begrunnelse fra politiet til retten.

³⁷ Lundrapporten, Dokument nr.15 (1995-1996)

³⁸ Bjerke og Keiserud bind I (2001) side 196

³⁹ Bahr (Oslo Tingrett)

Dette kan ha sammenheng med at mange forsvarere har også gått ut offentlig og sagt at de ikke får gjort en god nok jobb, siden de ikke får utlevert alle dokumentene i saken, og av den grunn heller ikke kan ivareta mistenktes interesser på best mulig måte.

Forsvareren kan avgi en uttalelse før retten treffer sin kjennelse om kommunikasjonskontroll, jf straffeprosessloven § 100a annet ledd annet punktum, og av denne grunn er det derfor viktig at han har nok dokumentasjon til å ta stilling til om lovens vilkår er oppfylt. Det kan tyde på at forsvareren gjør at rettens kjennelser blir enda mer detaljert.

Hvor lang tar det fra påtalemyndigheten fremsetter begjæring om kommunikasjonskontroll til kjennelse foreligger fra retten?

Dette blir behandlet som hastesaker. Det blir enten avgjort samme dag som begjæringen fra påtalemyndigheten kommer inn til retten, og iallfall senest neste dag. Det hender også at påtalemyndigheten merker begjæringen med ”haster” eventuelt ”haster ikke”, og retten handler da i disse tilfeller ut i fra dette. Uansett om det står ”haster ikke”, blir saken behandlet relativt raskt.⁴⁰

Det er viktig at slike kjennelser blir behandlet raskt, da det ofte kan haste å få satt i gang en telefonavlytting, slik at bevis kan sikres.

3.7 Hvordan foregår kommunikasjonskontroll ?

Politiet får bistand fra teleselskapet, som sørger for at politiet blir koblet opp til det aktuelle kommunikasjonsanlegget. Selve kontrollen er det politiet som står for.⁴¹

Kontrollen blir som regel foretatt i politiets lokaler, jf kontrollforskriften § 6.

Hvordan gjennomgås materiale som innhentes ved kommunikasjonskontroll ?

⁴⁰ Bahr (Oslo Tingrett)

⁴¹ Bjerke og Keiserud bind I (2001) side 738

Bruusgaard i Nye Kripos sier at politiet har blitt mye flinkere etter at bevisforbudet ble opphevet i 1999. Det foregår en fortløpende bearbeiding der mange personer er i sving. Ved en pågående kommunikasjonskontroll er det døgnbemanning.

Det er ”lyttere” som hører på innkommende informasjon, teknisk personell bistår samt administrativt personell.

Siden kriminelle også kan benytte seg av fremmedspråk, må også politiet i disse tilfeller ha hjelp av tolk.

Kriminelle kan også benytte et kodet språk på grunn av at de er redd faren for avlytting. Dette kan gjøre det vanskelig for politiet å få fatt på informasjon.

En utfordring i dag er fasttelefon i større grad blir erstattet av IP-telefon. Dette gjør det vanskeligere for politiet å avlytte samtaler, fordi her er ofte samtalene kryptert.

På den annen side kan det se ut som politiet har vært føre var, og har testet ut mye utstyr og har kontroll på den type utstyr de har testet ut.⁴²

Selv om politiet ikke får noe konkret ut av kontrollen på grunn av at de som for eksempel blir utsatt for en avlytting ikke vil gå i detaljer over telefonen, kan også små detaljer være viktig som bevis. Bruusgaard⁴³ nevner som eksempel at en kurer fra Polen som kommer til Norge og ikke vet nøyaktig hvor han skal, må ha en form for kommunikasjon med sine medsamsvorne. Dette kan være viktige bevis selv om det ikke inneholder noe konkret.

3.8 Forholdet til reglene om romavlytting

Adgangen til romavlytting er nå hjemlet i straffeprosessloven § 216m, mens bruk av romavlytting i avvergende henseende reguleres av straffeprosessloven § 222d.

Romavlytting har lenge vært et omstridt tema, og var også oppe til vurdering under lovendringen i 1999, men departementet mente det ikke var behov for en så inngripende etterforskningsmetode på det tidspunkt.

⁴² Artikkel fra dagbladet.no 12.08.2004

⁴³ jf samtale september 2005

Romavlytting er ikke ulikt telefonavlytting, men det blir allikevel mer inngripende siden den griper enda mer inn i den private sfære. Departementet forklarer forholdet til kommunikasjonskontroll slik: *"Romavlytting skiller seg ikke så mye fra telefonkontroll og annen kommunikasjonskontroll i art, men gjør det ofte i grad."*⁴⁴

For eksempel kan det være vanskelige grensedragninger der politiet kobler seg opp til en telefon, og før samtalen starter hører de personer snakke. Er dette romavlytting eller telefonavlytting? På samme måte kan det være tvil der politiet, mens de avlytter en samtale, samtidig hører andre snakke i bakgrunnen.

Dette er vanskelig å svare konkret på, men jeg antar man må foreta en avveining. I de tilfellene der politiet klart hører andre snakke i bakgrunn mens de avlytter en telefonsamtale, taler gode grunner etter min mening for at dette er telefonavlytting og ikke romavlytting. I de tilfellene der politiet hører personer snakke før samtalen starter, er jeg mer i tvil. Det kan argumenteres for at dette da blir romavlytting, men dette er usikkert.

Begrunnelsen for at romavlytting i dag har hjemmel i lov, er økningen i kriminaliteten, særlig på grunn av fare for terrorhandlinger og en mer utbredt organisert kriminalitet. På disse områder er det ofte at tradisjonelle etterforskningsmetoder ikke holder mål, eller de kan medføre fare for politiet, for eksempel infiltrasjon i etniske miljøer.

Siden romavlytting gjelder hemmelig avlytting, må det avgrenses mot avlytting etter straffeprosessloven § 216l, og mot spaning. I forarbeidene til reglene om romavlytting⁴⁵ er det nevnt som eksempel at en politimann er i naborommet og lytter med øre inntil vegg eller lytter ved et åpent vindu. Dette er spaning i tradisjonell forstand som politiet kan iverksette i kraft av sin handlefrihet, og berøres ikke av reglene om romavlytting.

Adgangen til romavlytting har ført til at noen mener Norge er i ferd med å bli en politistat. Nå er det imidlertid slik at det ikke er fritt frem for politiet og iverksette romavlytting, her må strenge vilkår være oppfylt. Det er en rekke kontrollmekanismer som følger politiets virksomhet. Sjefen for politiets sikkerhetstjeneste (PST) Jørn Holme sier i en artikkel i

⁴⁴ Ot.prp.nr.60 (2004-2005) side 88

⁴⁵ Ot.prp.nr.60 (2004-2005) side 82

aftenposten.no av 22.juni 2005 at romavlytting er svært ressurskrevende, og på grunn av dette lar det seg ikke ofte gjennomføre i praksis.

4 Kommunikasjonskontroll for å avverge alvorlig kriminalitet

4.1 Generelt

Straffeprosessloven § 222d ble tilføyd i nytt kapittel 17b om bruk av tvangsmidler for å avverge alvorlig kriminalitet ved lov 17. juni 2005 nr.87.

Bestemmelsen taler om å ”avverge” en straffbar handling, i motsetning til å *forebygge*.

Forarbeidene sier at ved å bruke ”avverge” er man i tid nærmere handlingen man ønsker å forhindre enn om det skulle ha stått *forebygge*.⁴⁶

Bestemmelsen omhandler at retten på strenge vilkår kan gi politiet tillatelse til å bruke tvangsmidler i avvergende øyemed som ledd i etterforskningen. Ettersom det presiseres at det må skje ”som ledd i etterforskningen”, betyr det at vilkårene for å igangsette etterforskning etter straffeprosessloven § 224 må være oppfylt.

Kommunikasjonskontroll etter kapittel 16a er nevnt, slik at dette også nå kan brukes til avvergende formål, jf § 222d første ledd.

4.2 Mistankevilkåret

I forhold til de vilkår som følger for å iverksette tvangsmidler ellers, er det her et annerledes mistankevilkår. Mistankevilkåret er her ”*rimelig grunn til å tro*” i motsetning til skjellig grunn til mistanke.

Departementet foreslo mistankevilkåret til å være ”grunn til å tro”⁴⁷, men justiskomiteen endret dette til ”*rimelig grunn til å tro*”⁴⁸. Dette ble begrunnet med at det her var behov for klare kriterier for å sikre personvern og gjøre domstolskontrollen mer effektiv. Ved å sette mistankekravet til ”*rimelig grunn*” bidrar dette til ”*en ytterligere klargjøring av krav til saklighet, sannsynlighet og forholdsmessighet*”, se komiteens uttalelse under punkt 6.2.

⁴⁶ Ot.prp.nr 60 (2004-2005) side 60

⁴⁷ Ot.prp.nr 60 (2004-2005) side 70

⁴⁸ Innst.O.nr.113 (2004-2005) punkt 6.2

Utvalgsmedlem Kvande i politimetodeutvalget står også for denne oppfatning, men presiserte at mistankevilkåret må innebære "*en reell skranke*".⁴⁹

Allikevel kan det heller ikke ved et uttrykk som "*rimelig grunn*" stilles krav til sannsynlighet. Politiet har således mulighet til å gripe inn før det foreligger skjellig grunn til mistanke.⁵⁰ Dette er fordi departementet frykter at politiet kan komme for sent inn i situasjonen hvis det oppstilles krav om sannsynlighetsovervekt. Det må imidlertid stilles visse krav til sannsynligheten, slik at mistanken må være basert på objektive holdepunkter som for eksempel et vitneutsagn.

Er rettssikkerheten tilfredsstillende ivaretatt ved at det ikke lenger kreves sannsynlighetsovervekt? Hensynet til rettssikkerheten og hensynet til en effektiv kriminalitetsbekjempelse står mot hverandre også ved denne vurderingen. Departementet peker i ot.prp.nr 60 (2004-2005) på at hensynet til rettssikkerheten ivaretas ved at det her er snakk om et begrenset antall kriminelle handlinger som kan gi grunnlag for bruk av tvangsmidler i avvergende øyemed, se § 222d første ledd bokstav a til c. Dette er de alvorligste former for kriminalitet, for eksempel grove narkotikaforbrytelser jf straffeloven § 162 tredje ledd og drap jf straffeloven § 233.

For de fleste handlinger som er opplistet, er det dessuten et tilleggsvilkår om at disse "*er utøvet som ledd i virksomheten til en organisert kriminell gruppe*" jf straffeloven § 60a. Det kan argumenteres for at rettssikkerheten hadde blitt mer tilfredsstillende hvis kravet også her var skjellig grunn til mistanke.

For å sette dette på spissen kan det stilles spørsmål om politiet kan avlytte mennesker de erfaringsmessig vet er i stand til begå slike forbrytelser, bare for å være føre var. Jeg tror allikevel ikke at politiet kommer til å iverksette en slik overvåking hvis ikke sterke grunner taler for det. Jeg minner om at store ressurser må til for å utføre for eksempel kommunikasjonsavlytting, og samtidig tror jeg de fleste har Lund-rapporten friskt i minne, slik at vi ikke trenger å frykte for en utglidning i bruken. For det andre må vilkårene for å sette i gang etterforskning være tilstede.

⁴⁹ NOU 2004:6 Mellom effektivitet og personvern side 20

⁵⁰ Ot.prp.nr.60 (2004-2005) side 69

Jeg tror også at forholdsmessighetsvurderingen står sterkt i dag, slik at der mistanken er veldig lav, vil dette bli fanget opp av forholdsmessighetsprinsippet i § 170a.

4.3 Kriminalitetskrav

Det er bare noen få straffbare handlinger som er omfattet av bestemmelsen, for eksempel drap, jf straffeloven § 233. *”En slik løsning åpner for å målrette metodebruken mot de forbrytelseskategoriene som det er aller viktigst å avverge, og hvor risikoen for at metodebruken rammer personer som ikke har gjort seg fortjent til det, er relativt lav.”*⁵¹

Departementet var i sin behandling av straffeprosessloven § 222d opptatt av at anvendelsen av tvangsmidler i avvergende øyemed skulle få en målrettet utforming, og dette er grunnen til at det for visse type straffbare handlinger i tillegg kreves at de er utøvd som ledd i virksomheten til en organisert kriminell gruppe etter straffeloven § 60a, se § 222d bokstav b. Grunnen til dette er at personer som er i et kriminelt miljø ikke har samme behov for beskyttelse som andre personer. De må i større grad tåle at politiet iverksetter tvangsmidler.

Kriminalitetskravet er det samme uansett hvilke typer tvangsmidler det er snakk om å anvende. I praksis vil dette likevel ha betydning, som under forholdsmessighetsvurderingen. For eksempel vil det oftere kunne være uforholdsmessig å iverksette romavlytting enn for eksempel kontroll av trafikkdata etter straffeprosessloven § 216b.

4.4 Vesentlighetskravet

I tillegg er det et krav etter tredje ledd om at det *”må antas”* at tvangsmidlet *”vil gi opplysninger av vesentlig betydning for å kunne avverge handlingen og at avverging ellers i vesentlig grad vil bli vanskeliggjort.”* Dette er det samme vurderingstemaet som er for å iverksette kommunikasjonskontroll, og jeg viser til min redegjørelse for dette under punkt

⁵¹ Ot.prp.nr.60 (2004-2005) side 66

3.3.3. Men med en forskjell, siden det for kommunikasjonskontroll er det vesentlige å ”opklare” saken mens det etter § 222d er å ”avverge” handlingen.

4.5 Skjerpet forholdsmessighetskrav for visse typer tvangsmidler

Her, som ellers ved tvangsmidler, kommer forholdsmessighetsprinsippet inn som en skranke, jfr § 170a. Det følger også av § 222d at for de mest inngripende tvangsmidlene gjelder det et skjerpet forholdsmessighetskrav, jf tredje ledd annet punktum om at det kreves ”særlige grunner”. I forarbeidene betyr uttrykket at det skal mer til enn ellers for å gi tillatelse, men at den generelle forholdsmessighetsvurderingen er den samme som for de tvangsmidler som ikke krever ”særlige grunner”.⁵²

Både når det gjelder kommunikasjonsavlytting etter §216a og romkontroll etter § 216m kreves ”særlige grunner”. Grunnen til at § 216b ikke er nevnt er at dette ikke anses for å være like integritetskrenkende som kommunikasjonsavlytting.

Det er presisert i bestemmelsens siste ledd annet punktum at ”Reglene i §§ 216 i, 242 og 242 a gjelder for all bruk av tvangsmidler etter paragrafen her.” Henvisningen til § 216i må være for å markere at taushetspliktre gelen gjelder for all bruk av tvangsmidler som kan skje i medhold av § 222d. Unntakene fra taushetsplikten vil således også gjelde.

4.6 Behovet

Har politiet behov for å ta i bruk tvangsmidler i avvergende øyemed ?

Mindretallet i politimetodeutvalget mente at det ikke var behov for det.⁵³ En annen sak er at det kan være et behov for Politiets Sikkerhetstjeneste (PST), noe også mindretallet påpekte, siden det her gjør seg gjeldende særlige hensyn.

I dag er også mange forberedelseshandlinger blitt kriminalisert for blant annet å gi adgang til bruk av etterforskningsmetoder i avvergende øyemed. For eksempel straffeloven

⁵² Ot.prp.60 (2004-2005) side 73

⁵³ NOU 2004:6 side 182 flg.

§ 233a, som handler om å inngå "*forbund*" om drap etter straffeloven § 233. Her kan fengsel "*inntil 10 år*" anvendes, og kan være gjenstand for kommunikasjonskontroll etter § 216a første ledd bokstav a. Inngåelse av "*forbund*" om å begå ran er også straffbart etter straffeloven § 269 første ledd. Her er imidlertid straffen for lav til at kommunikasjonsavlytting kan iverksettes, da bare fengsel inntil 3 år kan anvendes. Selv om inngåelsen av forbundet er "*utøvet som ledd i virksomheten til en organisert kriminell gruppe*" jf straffeloven § 60a, slik at maksimumsstraffen i bestemmelsen skal doubles, er det fortsatt ikke adgang til kommunikasjonsavlytting etter straffeprosessloven § 216a, siden strafferammen maksimalt kan bli 6 års fengsel. Her vil det være behov for politiet til å ta i bruk avlytting i avvergende øyemed, og § 268 annet ledd om grovt ran er opplistet i straffeprosessloven § 222d.

Siden reglene er helt nye, er det vanskelig å si noe konkret om hvordan praksisen av § 222d vil bli utført.

5 Innsynsretten i kommunikasjonskontrollmateriell

5.1 Innledning

Kontradiksjonsprinsippet er et viktig prinsipp i norsk straffeprosess. I dette ligger at partene skal ha rett til å uttale seg.⁵⁴

Straffeprosessloven §§ 242 og 242a er inntatt i lovens kapittel 18 om etterforskning, og regulerer innsynsretten på etterforskningsstadiet. Etter at tiltale er tatt ut, reguleres adgangen til innsyn av straffeprosessloven §§ 264, 264a og 267.

I utgangspunktet er kommunikasjonskontrollopplysninger undergitt to regelsett: de alminnelige dokumentinnsynsregler og særlige regler om underretning etter straffeprosessloven § 216j. Det vil si at det både er spørsmål om å få innsyn i innholdet av kommunikasjonskontrollen og om det i det hele tatt er iverksatt kommunikasjonskontroll. Det er presisert i forarbeidene at § 216j ikke skal innebære innskrenkninger i retten etter §§ 242 og 264.⁵⁵ Sperrefristen på ett år, jf § 216j, er ikke til hinder for innsynsrett etter de alminnelige reglene. Straffeprosessloven §§ 242 og 264 er spesialbestemmelser i forhold til § 216j.⁵⁶

Har § 216j selvstendig betydning ved siden av de alminnelige reglene om innsyn? Departementet uttaler i Ot.prp.nr.64 (1998-1999) punkt 8.8.4 at i motsetning til de alminnelige reglene, kan underretning etter § 216 j kreves av "*enhver*", jf første ledd. En annen ting er at underretning etter § 216 j ikke er betinget av "*sakens dokumenter*", som etter de alminnelige reglene. Ved en underretning får man bare beskjed om det har vært foretatt kommunikasjonskontroll, ikke om opplysninger som kom frem ved kontrollen, jf kontrollforskriften § 24.

⁵⁴ Hov I (1999) side 75

⁵⁵ Ot.prp.nr.64 (1998-1999) under merknaden til § 216j

⁵⁶ Ot.prp.nr.64 (1998-1999) punkt 8.8.4 og Rt.2003 side 648

5.2 Innsynsretten på etterforskningsstadiet

5.2.1 Straffeprosessloven § 242

Etter ordlyden gjelder innsynsretten uavhengig om det er rettslig eller utenrettslig etterforskning. Det som er av betydning når det gjelder kommunikasjonskontrollsaker, er at både mistenkte og forsvareren kan begjære innsyn, se første ledd. Det er ikke et vilkår at forsvareren er offentlig oppnevnt, men offentlig forsvarer har imidlertid en særrettighet, se punkt 5.2.4.

Det følger av bestemmelsen at de ikke gis automatisk innsyn, jf at de "*på begjæring*" kan gis innsynsrett.

Hvis påtalemyndigheten ikke vil etterkomme begjæringen, kan saken bringes inn for retten som ved kjennelse avgjør spørsmålet, jf tredje ledd. Her kommer domstolskontrollen inn, og er en viktig rettssikkerhetsgaranti.

Man kan ikke lese av straffeprosessloven § 242 for hvor lenge mistenkte er nektet innsyn. Men når vi ser på forholdet til innsynsretten under hovedforhandlingen som er regulert i straffeprosessloven § 264, gis mistenkte som hovedregel innsynsrett når det er tatt ut tiltale. Det er likevel ikke noe i veien for at mistenkte kommer med ny begjæring om innsyn hvis han skulle mene at begrunnelsen for nektelsen ikke lenger foreligger.⁵⁷ Jeg vil anta at også generelle forholdsmessighetsbetraktninger tilsier at hvis det ikke lenger er grunn til å nekte mistenkte innsyn, bør nektelsen oppheves.

5.2.1.1 "Sakens dokumenter"

Etter en naturlig forståelse av ordlyden omfatter uttrykket "*sakens dokumenter*" alle dokumentene i straffesaken. For eksempel vil lydbånd falle inn under uttrykket.⁵⁸

Høyesteretts kjæremålsutvalg har slått fast at dokumentlisten er utgangspunktet for hva

⁵⁷ Bjerke og Keiserud bind II (2001) side 877

⁵⁸ Bjerke og Keiserud Bind II (2201) side 874

som hører til *"sakens dokumenter"*.⁵⁹ Allikevel er det antatt at påtalemyndigheten har en viss skjønnsmessig myndighet når den skal vurdere hvilke dokumenter som skal falle inn under *"sakens dokumenter"*, eller om de skal holdes interne, slik at de bare brukes som et utgangspunkt for etterforskningen.⁶⁰ I Rt.1993 s 1121 uttaler kjæremålsutvalget på side 1126-1127 at *"politiet må ha en viss skjønnsmessig adgang til å vurdere hvorvidt arbeidsnotater om tips som mottas fra publikum, tysteropplysninger mv. skal gjøres til saksdokumenter"*.

Avgjørelsen gjelder riktignok ikke kommunikasjonskontroll, men departementet uttaler under punkt 8.7.5 at de antar det samme vil gjelde her.

Kan mistenkte og hans forsvarer kreve innsyn i avlyttingsbånd som påtalemyndigheten ikke fører inn i dokumentlisten?

Det antas at innsynsretten iallfall må gjelde de dokumenter som ikke vil bli nektet ført som bevis under hovedforhandlingen, jf straffeprosessloven § 292.⁶¹

Straffeprosessloven § 292 ble endret i 2002⁶², slik at bevisavskjæring gikk fra å gjelde bevis som var *"uten betydning for saken"* til *"uten betydning for dommens innhold"*. Denne lovendringen medfører at flere bevis kan avskjæres enn det som var tilfellet før 2002, siden uttrykket *"uten betydning for dommens innhold"* er et videre begrep enn forgjengeren.⁶³

5.2.2 Unntak fra retten til innsyn

Det ligger i bestemmelsens oppbygning at hovedregelen er innsynsrett, og at eventuelle unntak må begrunnes.

⁵⁹ for eksempel Rt.2003 s.648

⁶⁰ Ot.prp.nr.64 (1998-99) med henvisning til Rt.1993 s 1121

⁶¹ Rt.1991 side 1142

⁶² Endringslov 28.juni 2002 nr. 55

⁶³ Ot.prp.nr.24 (2002-2003) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (begrensninger i adgangen til dokumentinnsyn og bevisførsel) side 15

Etter § 242 første ledd første punktum kan ikke innsyn tillates der det vil være *”skade eller fare for etterforskningens øyemed”*. For eksempel at mistenkte kan forspille bevis.

Utenfor uttrykket *”skade eller fare for etterforskningens øyemed”* faller de tilfeller der innsyn kan skade etterforskningen av andre straffesaker. Dette er opplistet som et eget unntak i straffeprosessloven § 242 første ledd annet punktum.

Innsyn kan også nektes dersom det er skade eller fare for *”tredjemann”*. Det vil for eksempel være vitner.

5.2.3 Spesielle regler for innsyn i saker om kommunikasjonskontroll

I straffeprosessloven § 242 første ledd annet punktum følger det *”Innsyn i opptak, notater og andre dokumenter som inneholder opplysninger fra kommunikasjonskontroll etter kapittel 16 a, kan også nektes dersom innsyn kan skade etterforskningen av andre saker.”*

I forarbeidene under merknaden til straffeprosessloven § 242 er dette unntaket begrunnet med de særlige hensyn som gjør seg gjeldende ved kommunikasjonskontroll.⁶⁴

Opplysninger som er hentet inn ved kommunikasjonskontroll vil ofte kunne skade etterforskningen av andre saker. Særlig er det påpekt at dette vil gjelde i narkotikasaker. Grunnen til det er at det i slike saker ofte vil være mange involverte, slik at informasjon som politiet har skaffet seg ved telefonavlytting av en mistenkt, ofte vil gi indikasjoner på at også andre er involvert, og da vil opplysningenes verdi for de andre involverte miste det meste av sin betydning hvis de blir gjort kjent.

5.2.4 Særregel for offentlig oppnevnt advokat

I straffeprosessloven § 242 første ledd tredje punktum står det at *”offentlig forsvarer kan ikke nektes adgang til dokumenter som fremlegges eller har vært fremlagt i rettsmøte, unntatt rettsmøte som holdes for å avsi kjennelse etter tredje ledd.”*

⁶⁴ Ot.prp.nr.64 (1998-1999)

Oppnevne av offentlig forsvarer reguleres i straffeprosessloven § 100a. Det skal ikke være noen kontakt mellom den offentlige forsvarer og mistenkte, jf annet ledd første punktum. Brudd på taushetsplikten kan medføre straffeansvar etter straffeloven § 121. Unntaket for offentlig forsvarer gjelder bare for dokumenter som *”fremlegges eller har vært fremlagt i rettsmøte”*, jf første ledd tredje punktum. Dette er et viktig unntak. For eksempel i de tilfeller der kommunikasjonskontrollopplysninger brukes som bevis for varetektsfengsling under etterforskningen, er det ikke forsvarlig å nekte forsvareren innsyn inntil tiltale er tatt ut.

Før hadde ikke forsvareren rett på innsyn i alle sakens dokumenter, bare *”begjæringen og grunnlaget for den”*, jf § 100a annet ledd annet punktum. Dette var en begrenset innsynsrett som kunne vanskeliggjøre jobben. Etter lovendringen i 2005 har imidlertid offentlig oppnevnt forsvarer *”etter anmodning krav på innsyn i sakens dokumenter med de begrensninger som følger av §§ 242 og 242 a”* jf § 100 a annet ledd annet punktum. Dette mente justiskomiteen var nødvendig for at den offentlige oppnevnte forsvarer skal få gjort en best mulig jobb. *”Komiteen viser til at dette fører til at advokaten ikke bare får det dommeren får, men får tilgang til sakens dokumenter på samme måte som en forsvarer”*.⁶⁵

Innsynsretten innebærer ikke dokumenter som inngår i *”rettsmøte som holdes for å avsi kjennelse etter tredje ledd”*, jf første ledd tredje punktum, det vil si rettens avgjørelse av om nektelsen av innsyn er i orden, eller om den må oppheves.

Kan påtalemyndigheten begrense forsvarerens innsynsrett ved å legge frem et utvalg av saksdokumentene? Saksdokumentene utgjør en helhet, derfor har ikke påtalemyndigheten adgang til dette.⁶⁶

Kan den ordinære forsvareren gis innsynsrett på betingelse av at han ikke går videre med opplysningene til sin klient?

⁶⁵ Innst.O.nr.113 (2004-2005) punkt 6.2

⁶⁶ Andenæs bind I (2000) side 298

Ordlyden er ikke til hinder for dette. Bestemmelsen sier at mistenktes forsvarer har rett til å begjære innsyn, ikke bare mistenkte selv. Retten kan derfor pålegge ham taushetsplikt etter domstolloven § 128. Men dette kan skape problemer i praksis, fordi det kan være vanskelig for forsvareren å vite en vesentlig ting som han ikke kan si videre til sin klient. Dette er nok også grunnen for at mange forsvarere ikke velger å gå med på denne betingelsen.

Er det derimot ikke truffet noen avgjørelse om at mistenkte er nektet innsyn, må forsvareren kunne gå videre med disse opplysningene til klienten. Vil politiet likevel at forsvareren ikke skal meddele disse opplysningene videre, må de uttrykkelig forklare forsvareren hva han har taushetsplikt overfor klienten om. Forsvareren velger da om han vil godta innsynsretten med begrensninger. Vil ikke forsvareren godta begrensningene, må han avstå fra innsyn.⁶⁷

5.3 Straffeprosessloven § 242 i forhold til § 216i

Straffeprosessloven § 216 første ledd lyder: *”Alle skal bevare taushet om at det er begjært eller besluttet kommunikasjonskontroll i en sak, og om opplysninger som fremkommer ved kontrollen. Det samme gjelder andre opplysninger som er av betydning for etterforskningen, og som de blir kjent med i forbindelse med kontrollen eller saken.”*

Inneholder denne bestemmelsen begrensninger i mistenktes rett til dokumentinnsyn etter straffeprosessloven § 242, når det gjelder opplysninger fra kommunikasjonskontroll påtalemyndigheten ikke har benyttet i etterforskningen?

Ordlyden i straffeprosessloven § 242 taler for at opplysninger fra kommunikasjonskontroll omfattes av hovedregelen om innsyn i *”sakens dokumenter”*. Dette mener jeg følger av at innsyn i kommunikasjonskontrollsaker *”også”* kan nektes ved etterforskning av andre saker, noe som tyder på at hovedregelen i § 242 ellers gjelder. Allikevel er ikke dette helt klart, siden opplysninger fra kommunikasjonskontroll også er undergitt strenge taushetsregler i straffeprosessloven § 216i.

⁶⁷ Bjerke og Keiserud bind II 2001 s 876, Andenæs bind I (2000) side 299

Forholdet mellom disse to bestemmelsene er ikke kommentert under lovendringen i 1999, men forholdet var tema i en kjennelse om dokumentinnsyn i NOKAS-saken.⁶⁸ Saken gjaldt spørsmål om forsvarerne kunne få innsyn i alt skriftlig materiale og lydmateriale etter kommunikasjonskontroll på etterforskningsstadiet. Det var dissens 3-2, og den gjaldt hva som skal anses som "*sakens dokumenter*" etter straffeprosessloven § 242.

Flertallet, ved førstevoterende, mener der politiet ikke har benyttet dokumentene under etterforskningen, så er de interne og ikke en del av "*sakens dokumenter*", og dermed taushetsbelagt etter straffeprosessloven § 216i. Flertallet mener å finne støtte for dette i en uttalelse i ot.prp.nr.40 (1991-1992) der det uttales at det gjelder en taushetsplikt overfor mistenkte under etterforskningen, med unntak for at mistenkte kan konfronteres med opplysningene. Dette forholdet ble ikke kommentert under lovendringen i 1999, og flertallet mener da at sammenhengen i regelverket taler for at de er taushetsbelagt. Flertallet påberoper seg også reelle hensyn som støtte for sitt syn. Forutsetningen bak reglene om kommunikasjonskontroll taler mot at mistenkte får rede på hva som kommer frem ved en avlytting. Flertallet mener det i realiteten ikke blir motstrid mellom § 216i og § 242, "*fordi unntakene gjør det mulig å oppfylle taushetsplikten*".⁶⁹ Med dette mener de at en eventuell innsynsrett i opplysninger fra kommunikasjonskontroll, ofte vil falle inn under unntakene i § 242.

Flertallet legger stor vekt på hensynet til en effektiv etterforskning. De mener at hvis dette skal vurderes ut i fra § 242, vil dette "*vanskeliggjøre kommunikasjonskontrollen både for påtalemyndigheten og for retten, som må innrette sin behandling og sin grunngivning slik at mistenkte ikke kan utlede noe om hvorvidt slik kontroll foregår. Samtidig vil det altså regelmessig være gitt at innsynsrett må nektes*."⁷⁰ Flertallet mener dette hensynet veier tyngre enn at mistenkte skal få domstolskontroll angående innsynsretten på etterforskningsstadiet.

⁶⁸ Rt.2004 s 2023

⁶⁹ kjennelsens punkt 33

⁷⁰ kjennelsens punkt 34

Mindretallet mener at det følger av ordlyden i § 242 første ledd at også kommunikasjonsmaterieell omfattes av *"sakens dokumenter"*, siden dette følger implisitt av annet punktum. I annet punktum heter det at dokumenter fra kommunikasjonskontroll *"også"* kan nektes hvis *"innsyn kan skade etterforskningen av andre saker."* Når loven bruker ordet *"også"* taler dette for at dokumenter fra kommunikasjonskontroll omfattes av *"sakens dokumenter"* i første punktum. Mindretallet mener det ikke er plass til noen innskrenkende tolkning av § 242, og finner støtte for dette i forarbeidene. Dette burde i så fall ha fulgt uttrykkelig av § 242.

Mindretallet legger stor vekt på at det her er viktig med domstolskontroll, og at ikke påtalemyndigheten alene avgjør hva som er *"sakens dokumenter"*. Derfor mente de at informasjonen i utgangspunktet faller inn under *"sakens dokumenter"* og nektelse av innsyn må avgjøres etter denne regelen.

Verken flertall eller mindretall går nøye inn på koblingen til bevisavskjæringsregelen i straffeprosessloven § 292. Under forarbeidene til endringen om begrensninger i dokumentinnsyn og bevisførsel⁷¹ forutsettes det at koblingen til straffeprosessloven § 292 fortsatt skal gjelde, jf departementets uttalelse under punkt 6.2.3 der det sies at *"hovedregelen fortsatt vil være at både den siktede og forsvareren får tilgang til alle opplysninger som er av betydning for dommens innhold."*

Det er her to hensyn som er sentrale, nemlig hensynet til en effektiv etterforskning og hensynet til mistenktes rettssikkerhet.

Jeg er enig med flertallet i at hensynet til etterforskningens effektivitet må tillegges stor vekt, men på det andre side står hensynet til mistenktes rettssikkerhet, herunder domstolskontroll. Dette er vanskelige avveininger. Hva slags standarder setter EMD på dette området?

Innsynsretten følger ikke uttrykkelig av EMK artikkel 6, men EMD har innfortolket dette uttrykket i *"fair trial"*, samtidig som rettigheten er en nødvendig følge av artikkel 6

⁷¹ Ot.prp.nr.24 (2002-2003)

bokstav b, som sier at alle skal ”få tilstrekkelig tid og muligheter til å forberede sitt forsvar.”

EMD opererer med prinsippet om ”equality of arms”, som innebærer at alle parter skal være likestilt i prosessen. Mistenktes innsynsrett er viktig i forhold til dette prinsippet. Tre saker, alle avsagt 13.februar 2001⁷², omhandler i grove trekk samme tema, nemlig om mistenkte kunne nektes tilgang til vesentlige deler av etterforskningsmaterialet som begrunnet hvorfor de mistenkte satt i varetekt. EMD kom frem til at de mistenkte var dårlig stilt i prosessuelt henseende, da både påtalemyndigheten og domstolene hadde tilgang til bevisene, men ikke mistenkte og forsvareren. EMD mente at for at retten til domstolsprøvelse etter EMK artikkel 5 skulle få noen realitet, måtte behandlingen tilfredsstillende EMK artikkel 6.

I alle disse tre sakene starter EMD med å fremheve viktigheten av ”equality of arms”, og hensynet er ikke ivaretatt dersom ”*counsel is denied access to those documents in the investigation file which are essential in order effectively to challenge the lawfulness of his client's detention.*”

Hovedregelen er således innsynsrett i alt vesentlig etterforskningsmateriale. Unntak kan likevel tenkes. I en uttalelse i ”Lietzow-saken” (avsnitt 47) og ”Garcia Alva-saken” (avsnitt 42) sier EMD: ”*The Court acknowledges the need for criminal investigations to be conducted efficiently, which may imply that part of the information collected during them is to be kept secret in order to prevent suspects from tampering with evidence and undermining the course of justice.*” Men EMD sier videre at ”...*this legitimate goal cannot be pursued at the expense of substantial restrictions on the rights of the defence.*” Blir mistenkte og hans forsvarer fratatt vesentlige rettigheter, vil dette kunne være et konvensjonsbrudd etter art 5 (4) jf art 6, slik forholdet var i disse sakene.

Disse sakene skiller seg fra Nokas-saken siden forsvarerne her overhodet ikke hadde fått tilgang til det som påtalemyndigheten påberopte seg som fengslingsgrunnlag. Spørsmålet i Nokas-saken var om forsvarerne kunne få innsynsrett i opplysninger fra kommunikasjonskontroll, som ikke var benyttet under etterforskningen.

⁷² EMD Schöps mot Tyskland, EMD Garcia Alva mot Tyskland og EMD Lietzow mot Tyskland

Mindretallet påpeker at det kan være et problem i forhold til menneskerettighetene dersom mistenkte ikke har noen mulighet til å få prøvet om han har tilgang til dokumentene under etterforskningsfasen. Rett til domstolskontroll og dokumentinnsyn følger av artikkel 6, som også er anvendelig på etterforskningsstadiet.⁷³ Dette taler for at opplysningene fra kommunikasjonskontroll skal følge hovedregelen i straffeprosessloven § 242. Etter de tre dommene fra EMD som jeg redegjorte for ovenfor, gjelder prinsippet om ”equality of arms” allerede på etterforskningsstadiet, og ikke først under hovedforhandlingen. Det kan også se ut som at EMD forutsetter at saken hadde stilt seg annerledes, hvis forsvareren hadde fått innsynsrett, men ikke mistenkte, jf for eksempel uttalelsen i avsnitt 42 i Garcia Alva - saken om at informasjonen ”*should be made available in an appropriate manner to the suspect’s lawyer.*”

På den annen side skal mistenkte i utgangspunktet gis full innsynsrett etter tiltale er tatt ut, noe også flertallet påpeker⁷⁴, slik at hensynet til kontradiksjon blir ivaretatt.

Kjennelsen er som nevnt avsagt under sterk dissens, slik at dette svekker kjennelsens vekt. Spørsmålet var innsyn i kommunikasjonsmateriell der kommunikasjonskontroll fortsatt pågår. Derfor kan det hende saken ville ha stilt seg annerledes ved spørsmål om innsynsrett på etterforskningsstadiet der kommunikasjonskontrollen er avsluttet.

5.4 Straffeprosessloven § 242a

Straffeprosessloven § 242a ble inntatt i loven ved endringslov 9. mai 2003 nr 30.

Bakgrunnen for denne bestemmelsen er at det er mye som tyder på at kriminelle i dag kan komme til å utøve vold mot personer som gir politiet informasjon i straffesaker. Politiet ønsker å verne om sine kilder. Et eksempel som illustrerer dette er den såkalte heroinsaken⁷⁵, der påtalemyndigheten måtte frafalle tiltalen mot en person for oppbevaring

⁷³ Se nærmere kapittel 6

⁷⁴ se avsnitt 20 i kjennelsen

⁷⁵ Rt.2002 side 1049

av rundt 35 kilo heroin etter straffeloven § 162 første og tredje ledd på grunn av de var redd for sikkerheten til sine kilder hvis forsvareren fikk innsyn i dokumenter som skrev seg fra etterforskningen. Dette var også bakgrunnen for lovgivningsmaskineriet ble igangsatt og som resulterte i § 242a.

På samme måte som § 242 gjelder § 242a under etterforskningen, men § 242a åpner for større unntak fra retten til dokumentinnsyn enn det som følger av § 242. Det kan også gjøres unntak fra dokumentinnsyn under hovedforhandlingsstadiet, men det er i forarbeidene pekt på at det er en fordel om spørsmålet tas under saksforberedelsen, slik at det ikke fører til forsinkelser i rettssaken.⁷⁶

Innsyn kan bare nektes i *”opplysninger som påtalemyndigheten ikke vil påberope som bevis i saken”* jf første ledd første punktum. Det er i forarbeidene under merknadene til de enkelte bestemmelser sagt at det ikke kan nektes innsyn i opplysninger som påtalemyndigheten vil bruke som bevis på et senere trinn av saken.⁷⁷

Både *”den siktede og forsvareren”* kan nektes innsyn etter denne bestemmelsen. Derfor kan man få den mellomløsning at bare forsvareren gis innsyn og ikke siktede, slik at forsvareren ikke kan gi opplysningene videre til sin klient. Dette er viktig siden hovedregelen er at både siktede og forsvareren skal ha full innsynsrett. Ved at forsvareren får innsynsrett med taushetsplikt blir ikke begrensningen i innsynsretten like dramatisk som om begge skulle nektes innsyn. Derfor må vilkårene om det foreligger adgang til å nekte innsyn vurderes både i forhold til den siktede og i forhold til forsvareren.

Men også forsvareren kan nektes innsyn hvis vilkårene for det er tilstede og hvis han ikke går med på betingelsen om taushetsplikt. Da skal det oppnevnes offentlig forsvarer for siktede, jf § 100a. Dette bidrar til at betenkelighetene ved at forsvareren ikke får innsyn

⁷⁶ ot.prp.nr.24 (2002-2003) side 57

⁷⁷ ot.prp.nr.24 (2002-2003) side 70

reduseres. Det er presisert i forarbeidene at dette er ment som en ekstra rettssikkerhetsgaranti, og ikke som den eneste rettssikkerhetsgarantien.⁷⁸

Felles for disse unntakene er at de bare kan tillates hvis det for det første er ”*strengt nødvendig*”. For det andre må unntaket ikke medføre ”*vesentlige betenkeligheter av hensyn til den siktedes forsvar.*”

5.5 Innsynsretten etter at tiltale er tatt ut

5.5.1 Utgangspunktet: fullt innsyn

Når tiltalen er tatt ut, vil innsynsretten reguleres av straffeprosessloven § 264. Det følger av første ledd at forsvareren skal få tilsendt en kopi av tiltalebeslutningen og bevisoppgaven ”*sammen med sakens dokumenter*”. Det vil si at siktede skal ha innsyn i alt materiale fra kommunikasjonskontroll. Da det ofte i kommunikasjonskontrollsaker er slik at innsyn for siktede på etterforskningsstadiet blir nektet med den begrunnelsen at det vil være ”*skade eller fare for etterforskningens øyemed*”, vil innsynsretten bli utsatt til tiltalen er tatt ut. Unntak i innsynsretten kan det også gjøres på dette stadiet, men dette kommer jeg ikke til å gå nærmere inn på.

Det står at forsvareren har rett til ”*kopi*” av disse dokumentene, men etter forskrift om ordningen av påtalemyndigheten (påtaleinstruksen) § 25-5 første ledd annet punktum kan forsvareren ”*få utlånt sakens orginaldokumenter*” hvis han ønsker det.

5.5.2 Innsynsrett i kommunikasjonsmateriell påtalemyndigheten ikke påberoper som bevis

I en kjennelse fra Høyesterett avsagt 19.09.05⁷⁹, var spørsmålet om forsvareren til en av de tiltalte i NOKAS - saken kunne få innsynsrett i materiale som er fremkommet ved

⁷⁸ ot.prp.nr.24 (2002-2003) side 52

⁷⁹ HR-2005-01489-A

kommunikasjonskontroll, som påtalemyndigheten ikke ville påberope som bevis. Forsvareren fikk ikke medhold i tingretten, men fikk tillatelse i lagmannsretten. Påtalemyndigheten påkjærte saken inn for Høyesterett, som med dissens 3-2 ga forsvareren innsynsrett. Dissensen gjelder adgangen til innsyn i det materialet som er kommet frem ved kommunikasjonskontrollen.

Flertallet mener informasjon fra kommunikasjonsmateriell skal behandles etter straffeprosessloven § 264, og unntak må i så fall begrunnes i de spesielle regler om kommunikasjonskontroll. Dette finner de ikke holdepunkter for, da så vel forarbeider og forhistorien til reglene om kommunikasjonskontroll er uklare på dette punkt, slik at spørsmålet må avgjøres ved å ta utgangspunkt i lovteksten. Innsyn ble heller ikke ansett for å være i strid med straffeprosessloven § 216g, og flertallet slutter seg til lagmannsrettens uttalelse om at *”Materiale kan først anses som ”overskuddsmateriale” etter at forsvaret er gitt anledning til innsyn. Og først da inntreffer plikten til sletting ”snarest mulig”, slik det heter i § 216g.”*⁸⁰

Mindretallet mener også at utgangspunktet må tas i straffeprosessloven § 264, men at det må skilles mellom tilfeller der påtalemyndigheten påberoper seg informasjonen som bevis og der de ikke gjør det. Hvis de påberoper seg informasjonen, skal det gis innsyn i alt materiale som stammer fra kommunikasjonskontrollen, og mindretallet uttaler at straffeprosessloven § 216g må tolkes i lys av § 264. Der påtalemyndigheten ikke påberoper seg informasjonen som bevis, må en eventuell innsynsrett vurderes etter koblingen til bevisavskjæringsregelen i straffeprosessloven § 292, noe som er tilfellet i denne saken.

Igjen kommer de sentrale hensyn inn ved vurderingen i om siktede og forsvareren skal gis innsyn. Det som spesielt taler mot innsynsrett i NOKAS - saken, er personvern hensyn, særlig i forhold til utenforstående tredjemenn. Dette er både flertallet og mindretallet enig i. Men flertallet mener den største krenkelsen har skjedd i og med selve kontrollen, og viser

⁸⁰ jf punkt 73 i kjennelsen

til at annet bevismateriale, som for eksempel en videoovervåking, også kan føre til at utenforstående tredjemenn blir berørt av det. Flertallet påpeker at dette aldri har vært noen problemstilling, og jeg antar de mener at sammenhengen i regelverket taler for at heller ikke dette bør være noe problem i forhold til kommunikasjonskontroll.

Mindretallet tillegger personvern hensyn, særlig i forhold til utenforstående tredjemenn, større vekt, og mener dette taler mot at siktede og forsvareren gis innsyn i informasjon som påtalemyndigheten ikke påberoper som bevis. Innsyn kan etter mindretallets syn bare gis hvis vilkårene i straffeprosessloven § 292 er oppfylt.

På den annen side står hensynet til rettssikkerhet og sakens opplysning. Flertallet peker som nevnt på at det har skjedd at forsvarerne har funnet sentral informasjon til siktedes fordel ved gjennomgang av avlyttingsmateriale som påtalemyndigheten ikke ville påberope seg som bevis. Jeg vil anta at en løsning som også gir forsvareren rett til å gå igjennom materialet gjør partene best mulig likestilt i prosessen. Selv om politiet skal legge frem bevis både for og mot tiltalte, tror jeg forsvarerne kan se informasjonen annerledes enn politiet gjør.

Mindretallet mener at forholdet til EMK bare kommer inn der påtalemyndigheten påberoper seg informasjon som bevis, slik at først da kommer partslikhetsprinsippet som er utarbeidet av EMD inn.

Det kan synes som om EMD ikke legger en slik oppfatning til grunn. I en avgjørelse av EMD 16.februar 2000⁸¹, som også forsvareren påberopte seg, var spørsmålet om påtalemyndigheten ved behandlingen av saken i første instans, kunne holde tilbake relevante bevis av hensynet til ”public interest” uten å informere dommeren. Dette var bevis påtalemyndigheten ikke ville påberope i saken.

EMD uttaler at dette ikke er forenlig med EMK artikkel 6 (1). EMD fremhever viktigheten av en kontradiktorisk behandling (”adversarial trial”) og at partene skal være likestilt i prosessen (”equality of arms”). Det hjalp heller ikke at spørsmålet ble forelagt retten ved ankeforhandlingen. Forsvaret var heller ikke tilstede ved denne begjæringen om nektelse av

⁸¹EMD, Rowe and Davis mot Storbritannia

innsyn.⁸² Viktigheten av domstolskontroll er også påpekt av Gulating Lagmannsrett i ankebehandlingen.⁸³

Hovedregelen etter EMDs praksis synes å være at mistenkte skal få fullt innsyn, men at dette ikke gjelder ubetinget.

EMD anerkjenner at det kan være behov for å nekte innsyn med hensyn til for eksempel rikets sikkerhet, beskyttelse av vitner eller hemmelighold av politiets etterforskningsmetoder. Men nektelsen må være *”strictly necessary”*.⁸⁴ EMD legger opp til en helhetsvurdering, der man må se på de forskjellige interessene i saken og veie disse opp mot hverandre.

I den nevnte EMD-dommen var det heller ikke oppnevnt offentlig forsvarer for siktede, og en uttalelse fra EMD i siste punktum under punkt 58 kan legge føringer på at saken ville ha stilt seg annerledes da: *”In addition, the commission noted that at no stage did any court dealing with the applicants’ case have the benefit of hearing submissions on behalf of the defence by a specially appointed counsel.”*

Men i *”Jasper mot Storbritannia”*⁸⁵ og *”Fitt mot Storbritannia”*⁸⁶ synes ikke dette å ha vært avgjørende. I disse sakene var det riktignok dissens, men flertallet la her avgjørende vekt på at det var dommeren som avgjorde om det skulle gis innsyn eller ikke, i motsetning til i Rowe and Davis-saken der påtalemyndigheten avgjorde dette alene. Dommeren hadde videre anledning til å omgjøre avgjørelsen hvis forholdene skulle bli slik at grunnlaget for nektelsen ikke lenger foreligger. Flertallet la særlig vekt på at opplysningene ikke ble påberopt av påtalemyndigheten som bevis.

⁸² jf Rowe - and Davis punkt 58

⁸³ Kjennelse avsagt 25.08.05

⁸⁴ sammenlign uttrykket i straffeprosessloven § 242a

⁸⁵ EMD, Jasper mot Storbritannia

⁸⁶ EMD, Fitt mot Storbritannia

Mindretallet mente derimot at dette ikke tilfredstilte kravene til ”adversarial trial” og ”equality of arms”, ettersom ikke forsvareren var representert ved dommerens avgjørelse. De mente videre at det ikke blir balanse mellom partene selv om det er dommeren som avgjør spørsmål om innsyn, forsvaret må også få andre rettigheter, og antyder at saken kunne ha stilt seg annerledes hvis det hadde blitt oppnevnt en særskilt advokat.

På grunn av dissensen er det usikkert om offentlig forsvarer er et krav som stilles til ”fair trial” i EMK artikkel 6 når det gjelder innsynsrett. Allikevel tror jeg dette er et moment EMD kommer til å vektlegge ved senere anledninger. Jeg mener det følger av denne EMD-dommen at det er et krav at nektelsen av innsyn er undergitt domstolskontroll. Det kan konkluderes med at det ikke skal være kurant å nekte innsyn, og innsynsretten går lenger enn til bare å omhandle bevis påtalemyndigheten påberoper seg, siden dette kan være viktig for forsvaret.

Realiteten i Nokas - saken blir at informasjonen fra kommunikasjonskontrollen først blir overskuddinformasjon etter at forsvarerne har sett på det, slik at plikten til sletting etter straffeprosessloven § 216g først inntreffer etter dette tidspunkt.

Allikevel er det verdt å merke seg at flertallet åpner for at *”det etter en konkret vurdering vil kunne nektast innsyn i særskilde dokument også på annen særskilt rettsgrunnlag.”*⁸⁷

Dette må gjelde straffeprosessloven § 242a, som også er i samsvar med EMDs oppfatning, jf kravet om ”strictly necessary”. Et annet rettsgrunnlag det kan være mulig å påberope, er Rt.1993 s 1121 der kjæremålsutvalget uttaler at *”politiet må ha en viss skjønnsmessig adgang til å vurdere hvorvidt arbeidsnotater om tips som mottas fra publikum, tysteropplysninger mv. skal gjøres til saksdokumenter”*.

⁸⁷ jf punkt 75 i kjennelsen

6 Forholdet til menneskerettighetene

6.1 Innledning

I straffeprosessloven § 4 følger det at straffeprosessloven *”gjelder med de begrensninger som er anerkjent i folkeretten eller følger av overenskomst med fremmed stat.”* Dermed er folkeretten inkorporert i norsk straffeprosess. Inkorporasjon vil si at en lov viser til konvensjonene og direkte gir dem lovs kraft.⁸⁸ Inkorporasjon er i utgangspunktet nødvendig hos oss siden vår rett antas å bygge på det dualistiske rettssystem, det vil si at folkeretten ikke gjelder automatisk, den må på en eller annen måte innlemmes i norsk rett.

Den europeiske menneskerettighetskonvensjon (EMK), ”De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16.desember 1966 om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter” og ”De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16.desember 1966 om sivile og politiske rettigheter” (SPK) har etter Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21.mai nr 30 1999 (menneskerettsloven) status som norsk rett, jf lovens §2.

Menneskerettsloven medførte imidlertid ikke noen forandring av menneskerettighetenes betydning i norsk straffeprosess, siden menneskerettighetene var viktig også før 1999. Særlig EMK og SPK er av betydning for hvilke etterforskningsmidler politiet kan bruke. EMK inneholder to artikler som direkte omhandler disse rettighetene, og det er EMK art 6 og art 8. Det nærmere innholdet i disse bestemmelsene er klarlagt i den europeiske menneskerettighetsdomstols (EMD) praksis.

Jeg skal i det følgende se på EMK artikkel 6 og 8, mens SPK artikkel 14 og 17, behandler jeg ikke, da de er antatt og inneholde samme rettigheter som etter EMK, selv om de har en annen oppbygning.⁸⁹

⁸⁸ Opsahl 1996, Internasjonale menneskerettigheter side 85

⁸⁹ Ot.prp.nr.60 (2004-2005) side 24

6.2 EMK art 6

6.2.1 Generelt

Artikkel 6 taler om "*Right to a fair trial*", og for at den skal få anvendelse må en person være utsatt for "*criminal charge*". Begrepet er autonomt, det vil si at det er uavhengig av de enkelte staters klassifikasjon av hva som anses for straff. Hvis sanksjonen etter en autonom fortolkning er å anse som straff, kommer artikkel 6 til anvendelse.⁹⁰

Det nærmere innholdet i uttrykket er fastslått av EMD i de såkalt Engel - kriteriene⁹¹. EMD uttaler at statene i utgangspunktet står fritt til å avgjøre om handlinger er straffbare, men at tre kriterier er hjelpelike når man skal vurdere om artikkel 6 får anvendelse. Det første EMD ser på er hvordan handlingen klassifiseres etter nasjonal rett. For det andre ses det hen til handlingens art og tilslutt hvilken straff som risikeres. I Engel-saken var spørsmålet om militær disiplinærstraff kunne falle inn under artikkel 6. EMD uttalte at der straffen bestod i frihetsberøvelse, ville dette innebære at artikkel 6 fikk anvendelse på forholdet.

Det er videre klart at artikkelen får anvendelse på etterforskningen, der det gjelder forhold som vil få betydning for en eventuell senere rettssak.⁹² Avgjørende er etter EMD's praksis det tidspunkt da politiet foretar etterforskningsskritt som påvirker den mistenktes livssituasjon i vesentlig grad. Dette vil gjelde der politiet foretar bruk av kommunikasjonskontroll.

Jeg skal se på de rettighetene i artikkel 6 som har betydning i kommunikasjonskontroll saker. Når det gjelder innsynsretten viser jeg til min fremstilling under punkt 5.3 og 5.5.

6.2.2 Upartisk og uavhengig domstol

Artikkel 6 inneholder et krav om domstolskontroll. I tillegg er det krav til domstolene om at de må være upartisk og uavhengig.

⁹⁰ Danelius (2002) side 56 og 146

⁹¹ EMD, Engel m.fl. mot Nederland

⁹² Jf ot.prp.nr 64 (1998-99), Danelius (2002) s 151

Siden retten i kommunikasjonskontrollsaker blir involvert allerede på etterforskningsstadiet, kan man stille spørsmålet ved dommerens habilitet hvis vedkommende gir politiet grønt signal til å iverksette telefonavlytting etter straffeprosessloven § 216a, og senere dømmer i straffesaken mot den som ble utsatt for telefonavlytting? I forhold til menneskerettighetene, og EMK artikkel 6, sier Danelius i sin bok "Mänskliga rättigheter i europeisk praxis" på side 174 at dette som utgangspunkt ikke gjør dommeren inhabil, men unntak kan tenkes.

I Hauschildt mot Danmark (1989) sa imidlertid EMD at det på prinsipielt grunnlag ikke førte til inhabilitet at dommeren hadde hatt befatning med saken tidligere, men i denne saken ble det konstatert inhabilitet. Saken dreide seg om en avgjørelse på etterforskningsstadiet, ganske lik straffeprosessloven § 172 i Norge om rettshåndhevelsesarrest. Dommen førte til at Justisdepartementet sendte ut et rundskriv om der en dommer har besluttet rettshåndhevelsesarrest etter straffeprosessloven § 172, bør han la være å dømme i saken under hovedforhandlingen.⁹³

Bjerke og Keiserud⁹⁴ mener at en dommer som har tatt stilling til bruk av tvangsmidler normalt ikke er inhabil til senere å dømme i en påfølgende straffesak, men at det finnes unntak og mener det er tilfellet ved avgjørelse ved begjæring om kommunikasjonskontroll, slik at dommeren må anses inhabil.

Spørsmålet om en sorenskivers habilitet etter domstollovens § 108 var oppe i en kjennelse fra Høyesterett i 2004.⁹⁵ Sorenskriveren hadde tidligere behandlet begjæringer om kommunikasjonskontroll mot tiltalte. Høyesterett presiserte at ved å ta stilling til om det foreligger "*skjellig grunn til mistanke*" medfører ikke dette i seg selv inhabilitet om dommeren kommer til at vilkåret er oppfylt. Men inhabilitet kan inntreffe der avgjørelsen viser at dommeren har tatt standpunkt til straffeskyld eller kommet til at det foreligger særlig kvalifisert mistanke.

⁹³ Hov I (1999) side 58

⁹⁴ Bjerke og Keiserud bind I side 634

⁹⁵ Rt.2004 s 477

Høyesterett kom til at sorenskriveren var inhabil, og la særlig vekt på at hemmeligholdelsen ved kommunikasjonskontroll *”i utgangspunktet er en særegen omstendighet som gjør dommeren inhabil i en senere straffesak om forhold som kontrollen tok sikte på å avdekke.”* jf dommens punkt 30. Dette er egnet til å svekke tilliten til domstolene, siden dommeren sitter med opplysninger som ikke tiltalte eller forsvareren vet, se domstolloven § 108, på grunn av at man ikke kan *”se bort fra muligheten for at de opplysninger som dommeren gjøres kjent med, vil kunne påvirke hans syn på saken – bevisst eller ubevisst.”*

Høyesterett legger stor vekt på at tiltalte og forsvareren ikke vet hva dommeren vet, slik at dersom påtalemyndigheten gir tiltalte den informasjon som kommunikasjonskontrollen har gitt, vil det normalt ikke være grunn for å konstatere inhabilitet.

Høyesterett presiserer at inhabilitet etter domstolloven § 108 må avgjøres konkret i hvert tilfelle. Det kan med andre ord tenkes tilfeller der inhabilitet ikke foreligger. Høyesterett nevner som eksempel der påtalemyndigheten har foretatt kommunikasjonskontroll etter § 216d i hastesaker uten rettens godkjennelse.

Under lovarbeidet med endringer i straffeprosessloven om begrensninger i adgangen til dokumentinnsyn og bevisførsel⁹⁶ ble det drøftet om straffeprosessloven § 242a skulle inneholde særskilte regler om inhabilitet, men departementet fant at dette ikke var nødvendig, da tilfellene ville fanges opp av reglene i domstolsloven §108.

I Jasper mot Storbritannia og Fitt mot Storbritannia var det dommeren som hadde tatt stilling til innsynsretten, og verken flertallet eller mindretallet mente han var inhabil, men mindretallet pekte på *”the uncomfortable position of having to see material and then having to discount it at a later stage of the proceedings.”*

⁹⁶ Ot.prp.nr.24 (2002-2003)

6.2.3 Krav til begrunnelse

EMD har også forutsatt at det i artikkel 6 ligger et krav om at retten skal begrunne sine rettslige avgjørelser. Dette er viktig med henblikk på reglene om kommunikasjonskontroll. Som nevnt tidligere, skal også kjennelser om kommunikasjonskontroll etter norsk rett grunngis, se nærmere punkt 3.6.

6.2.4 Rett til forsvarer

Dette følger av EMK artikkel 6 tredje ledd bokstav c sammenholdt med bokstav b.

I denne retten ligger en rett til å ha så mye kontakt med sin forsvarer som vedkommende ønsker.⁹⁷

6.3 EMK art 8, Retten til respekt for privatliv og familieliv

6.3.1 Utgangspunkt: reglene om kommunikasjonskontroll griper inn i artikkel 8

Artikkel 8 første ledd lyder: *"Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse."*

Kommunikasjonskontroll er uten tvil et inngrep i denne rettigheten. Forholdet til EMK artikkel 8 er også omtalt i forarbeidene til lovendringen i 1999. Her er uttrykket *"privatliv og familieliv"* forklart slik at det for det første *"beskytter mot direkte inntrengning i private hjem"*, herunder også innsamling av informasjon og hemmelig overvåking av hjemmet.⁹⁸ Når det gjelder beskyttelse av *"korrespondanse"* omhandler dette utveksling av informasjon, og forarbeidene sier at både skriftlig og muntlig utveksling omfattes. Men alle disse rettighetene henger nært sammen.

⁹⁷ Danelius (2002) side 242

⁹⁸ Ot.prp.nr 64 (1998-99) punkt 4.2

Det er først og fremst retten til ”privatliv” og retten til ”korrespondanse” som er viktig med henhold til reglene om kommunikasjonskontroll. Både kommunikasjonskontroll og romavlytting vil klart være inngrep som krenker disse rettighetene.

Spørsmålet om forholdet til EMK artikkel 8, kom igjen opp ved lovarbeidet om bruk av tvangsmidler i avvergende øyemed.

Vernet etter artikkel 8 er muligens sterkest der inngrepet skjer i det private hjem, men vernet kan også gjelde utenfor, særlig der personene har innrettet seg på at de ikke observeres av andre.⁹⁹ Der man derimot forstår at man kan bli sett av andre, for eksempel der det uttrykkelig står at området er videoovervåket, har man ikke det samme behov for vern. Man må også kunne gå ut i fra at dersom en person er i et organisert kriminelt nettverk, må denne personen lettere finne seg i muligheten for å bli overvåket enn andre.¹⁰⁰

6.3.2 Unntak for inngrep som tilfredsstiller kravene i artikkel 8 (2)

Selv om kommunikasjonskontroll i utgangspunktet griper inn i den vernede rettigheten, kan det anses lovlig dersom vilkårene i annet ledd er oppfylt.

For det første må inngrepet være ”i samsvar med loven”. Det må være en nasjonal lov som omhandler adgangen til telefonkontroll. Dette er også i samsvar med det norske legalitetsprinsipp, men lovskravet etter EMD innebærer at det ikke trenger å være forankret i formell lov, for eksempel kan sedvane og administrativ praksis være nok.

EMD oppstiller imidlertid visse krav som den nasjonale loven må oppfylle. De må være tilgjengelige, klare og forutsigbare, slik at borgerne gis muligheten til å kunne forutberegne sin rettsstilling.¹⁰¹

Kravet til klarhet som loven må oppfylle, vil kunne variere alt etter på hva slags rettsområde man befinner seg på. For eksempel har EMD i Kruslin-dommen under dommens punkt 33 uttalt at når det gjelder telefonavlytting er dette “*serious interference with private life and correspondence and must accordingly be based on a ”law” that is*

⁹⁹ NOU 2004:6 side 36 med henvisning til EMD, P.G og J.H mot Storbritannia

¹⁰⁰ NOU 2004:6 side 37

¹⁰¹ Jf for eksempel EMD’s uttalelse i ”Kruslin mot Frankrike”

particularly precise.” Av denne uttalelsen kan det sluttet at når vi befinner oss på områder der grunnleggende rettssikkerhetshensyn og personvernens hensyn må vike av hensynet til for eksempel oppklaring av alvorlig kriminalitet, som er et legitimt formål etter artikkel 8 (2), stilles det strenge krav til den nasjonale loven. Hvis vi ser på straffeprosessloven §§ 216a og 216b, er disse presist utformet. Også straffeprosesloven § 222d er gitt en konkret og målrettet utforming, slik at kravet til klarhet er oppfylt.

For det andre må inngrepet være ”*nødvendig i et demokratisk samfunn*”. EMD har uttalt at dette ikke betyr det samme som uunnværlig.¹⁰² I denne vurderingen har EMD utviklet et proporsjonalitetsprinsipp, som krever forholdsmessighet mellom mål og midler. I nødvendighetskravet kan man derfor si at det også ligger et krav om forholdsmessighet. Her må man foreta en interesseavveining, der individets grunnleggende rettigheter etter artikkel 8 må vurderes mot samfunnets behov for å oppklare kriminalitet, som nettopp problemstillingen er i saker om iverksetting av kommunikasjonskontroll.¹⁰³ Disse hensynene ligger også bak utformingen av reglene om kommunikasjonskontroll. Domstolen har overlatt statene en viss skjønnsmyndighet til å avgjøre om inngrepet er nødvendig, såkalt ”*margin of appreciation*”. Men på den annen side vil muligens omfanget av skjønnsmyndigheten variere alt ettersom hvilket området man er på.¹⁰⁴

Artikkel 8 nevner også at inngrepet må være begrunnet i et legalt formål, og artikkelen nevner for eksempel kriminalitetsbekjempelse.

EMD har vurdert om telefonavlytting, og også romavlytting, er i strid med EMK.

Av EMDs praksis kan det virke som om EMD først og fremst er opptatt av om den påståtte hjemmelen er tilstrekkelig presis.

¹⁰² Danelius (2002) sider 264

¹⁰³ Ot.prp.nr 64 (1998-99) punkt 4.2

¹⁰⁴ Danelius (2002) side 57

7 Bruk av overskuddsinformasjon

7.1 Generelt

Det ligger i uttrykket ”overskuddsinformasjon” at det er informasjon som er av en annen type informasjon enn man hadde tenkt. I forhold til kommunikasjonskontroll vil det for eksempel si at man gjennom en telefonavlytting for å avdekke narkotikakriminalitet, får kjennskap til at det planlegges et drap.

Bruken av overskuddsinformasjon er grundig drøftet i forarbeidene.¹⁰⁵

Lund-kommisjonen så også på bruken av overskuddsinformasjon. Det kan synes som om det var en ukritisk holdning til bruk og registrering av overskuddsinformasjon.

Overskuddsinformasjon skulle straks slettes hvis de ikke hadde betydning, jf straffeprosessloven § 216g. Av Lund-kommisjonens arbeid kom det frem at overvåkingstjenesten registrerte alle opplysninger som kom frem ved en telefonkontroll: *”Enhver opplysning fra telefonkontroll har etter overvåkingstjenestens oppfatning kunnet nedtegnes hvis den har vært av interesse for tjenesten, uten hensyn til opplysningens betydning for etterforskningen.”*¹⁰⁶ Av rapporten kommer det videre frem at overskuddsinformasjonen ofte var selve målet ved telefonkontrollen, særlig informasjon av politisk art. Telefonkontroll ble således satt i gang ut i fra vikarierende motiv.¹⁰⁷ Reglene for behandling av overskuddsbehandling i straffeprosessloven § 216i gjelder også ved overskuddsinformasjon ved bruk av tvangsmidler i avvergende øyemed, jf straffeprosessloven § 222d siste ledd.

¹⁰⁵ Ot.prp.nr 64 (1998-99) punkt 8.9

¹⁰⁶ Lund-rapporten, Dokument nr.15, punkt 9.6.3.2 e

¹⁰⁷ Se om vikarierende motiv under punkt 3.5

7.2 Taushetsplikt

Adgangen til bruk av overskuddsinformasjon følger av straffeprosessloven § 216i.

I utgangspunktet er det en omfattende taushetsplikt for om det er begjært kommunikasjonskontroll og for det som eventuelt kommer frem under kontrollen, jf første ledd. Det er de særlige personvern hensyn som her gjør seg gjeldende.

I utgangspunktet skal informasjon fra kommunikasjonskontroll snart som mulig bli ”tilintetgjort” hvis de ”er uten betydning for forebyggelsen eller etterforskningen av straffbare forhold”, jf straffeprosessloven § 216g bokstav a. Det kan være vanskelig for politiet tidlig i etterforskningsfasen å vite hva som er relevant eller ikke. En tilsynelatende uvesentlig informasjon kan senere vise seg å ha avgjørende betydning, på grunn av at samtalen som avlyttes foregår på kodet språk. Særlige ”profesjonelle” kriminelle har nok tanken på å kunne bli avlyttet i bakhodet, og snakker derfor ikke i klare ordlag.

Særlig er kravet til en forsvarlig behandling av overskuddsinformasjon viktig ved temporær masseavlytting. Dette er presisert i forarbeidene.¹⁰⁸ Grunnen til dette er at det mest sannsynlig vil dukke opp informasjon om utenforstående tredjemann, derfor er det særdeles viktig at politiet sletter slik informasjon fortløpende.

7.3 Unntak for taushetsplikten

7.3.1 Bruk av overskuddsinformasjon ved etterforskningen

Det står i straffeprosessloven § 216i tredje punktum bokstav a at taushetsplikt ikke stopper bruk av opplysninger under ”...etterforskningen av et straffbart forhold, herunder i avhør av den mistenkte.”

For det første kan opplysningene brukes til det som utløste bruken av kommunikasjonskontroll, men opplysningene kan også brukes i etterforskningen av andre

¹⁰⁸ Ot.prp.nr.60 (2004-2005) side 110

straffbare forhold, hvis det kommer frem opplysninger om det under kontrollen. Dette blir da overskuddsinformasjon.

Politiet har skaffet seg opplysningene på en lovlig måte og de har også en generell plikt til å oppklare lovbrudd. Dette var det også adgang til før lovendringen i 1999, men dette drøftes allikevel omfattende i forarbeidene, på grunn av at området for kommunikasjonskontroll ble utvidet i 1999, slik at en god kontrollordning med overskuddsinformasjon er særlig viktig.

Allikevel er det ikke til å stikke under en stol at kommunikasjonskontroll er svært inngripende overfor den som utsettes for det. Dette taler mot bruken av informasjonen i andre saker. Departementet mener at selv om dette er et hensyn av stor vekt, er det slik at *”den største integritetskrenkelsen allerede er skjedd i og med selve kontrollen”*.¹⁰⁹ De uttaler videre at da må hensynet til en effektiv etterforskning gå foran. Hensynet til en effektiv etterforskning veier i følge forarbeidene også tyngre enn hensynet til familiemedlemmer og andre bekjente som har omtalt den lovstridige virksomhet i en telefonsamtale.

Det er uttalt i forarbeidene at det ikke skal være noen begrensninger i bruken av overskuddsinformasjon under etterforskningen.¹¹⁰

Overskuddsinformasjonen kan brukes i etterforskningen av alle slags straffbare forhold, slik at det ikke er en betingelse om at forholdet må falle inn under handlinger nevnt i §§ 216a og 216b.¹¹¹

Overskuddsinformasjon fra kommunikasjonskontroll kan også brukes som bevis ved varetektsfengsling etter § 216i bokstav a, det har Høyesteretts kjæremålsutvalg fastsatt.¹¹² Bokstav b som konkret omhandler bruken av bevis, var ikke her anvendelig siden retten

¹⁰⁹ Ot.prp.nr.64 (1998-1999) punkt 8.9.2.4

¹¹⁰ Ot.prp.nr.64 (1998-1999) punkt 8.9.2.4

¹¹¹ Andenæs II (2000) s 756

¹¹² Rt 2004 side 411

mente denne omhandler hovedforhandlingen, og varetektsfengsling er et etterforskningskritt slik at dette faller inn under bokstav a. Departementets uttalelser om at overskuddsinformasjon bør kunne brukes relativt fritt under etterforskningen tillegges stor vekt, slik at begrensninger først kommer inn når informasjonen skal brukes som bevis i eventuell senere rettssak.

7.3.2 Overskuddsinformasjon som bevis

Det er i dag adgang til å bruke slik informasjon som bevis etter straffeprosessloven § 216i tredje punktum bokstav b. Denne adgangen er likevel ikke helt ubetinget.

For det første kan den informasjonen politiet fikk gjennom kontrollen for det forhold som ga grunnlag for kontrollen, brukes som bevis.

Bokstav b hjemler også adgang til at overskuddsinformasjon kan brukes som bevis, men her gjelder det imidlertid begrensninger.

Overskuddsinformasjon kan bare brukes som bevis i straffesaker som i seg selv ville vært grunnlag for kommunikasjonskontroll, dette følger av bokstav b. Det vil med andre ord si at den straffbare handlingen må være av en slik art som beskrevet i straffeprosessloven § 216a om kommunikasjonsavlytting, eller i straffeprosessloven § 216b om annen kontroll av trafikkdata.

En interessant problemstilling er dersom det i en og samme uttalelse under en telefonavlytting, kommer frem bevis som både utgjør bevis for et straffbart forhold som kan gi grunnlag for kommunikasjonskontroll og får et straffbart forhold som ikke kan det, om telefonavlyttingen da kan brukes som bevis for det sistnevnte?

Dette var spørsmålet i en kjennelse fra høyesteretts kjæremålsutvalg avsagt 22.september.¹¹³ To tiltalte hadde blitt frifunnet for et av tiltalepunktene i tingretten, men ble domfelt for andre forhold. Under etterforskningen hadde politiet fått tillatelse til å iverksette kommunikasjonskontroll på grunnlag av det straffbare forholdet de ble frifunnet for, men tingretten brukte også kommunikasjonskontrollen som bevis for de forholdene de

¹¹³ HR-2005-01511-U

ble domfelt for. Dette forholdet ville ikke i seg gitt grunnlag for bruk av tvangsmidlet på grunn av for lav strafferamme.

Kjæremålsutvalget mente at loven ikke hindrer denne løsningen. Den omtaler riktignok at overskuddsinformasjon bare kan brukes for *”et straffbart forhold som kan begrunne den form for kommunikasjonskontroll som opplysningene stammer fra”*, jf § 216i bokstav b, men verken lov eller forarbeider omtaler det forhold at en og samme informasjon som kommer frem under en telefonavlytting utgjør bevis både for noe som kan gi grunnlag for telefonavlytting og for forhold som ikke gjør det. Av denne grunn mener kjæremålsutvalget at retten ikke kan se bort fra informasjon den har fått, når bevis først er ført på lovlig måte. Kjæremålsutvalget viser til tingrettens dom under punkt 16, der det uttales at det må *”skilles mellom det å føre beviset og det å ta beviset med i rettens vurdering når det er lovlig ført under hovedforhandlingen. Når beviset rent faktisk er ført på lovlig vis, kan retten ikke se at det skal legges noen begrensninger på rettens frie bevisvurdering.”*

I forarbeidene ble det drøftet om overskuddsinformasjon som ble kjent gjennom samtaler med advokat, lege eller prest, skulle omhandles i straffeprosessloven § 216i, men det ble funnet unødvendig da dette reguleres i straffeprosessloven § 216g. Slik informasjon skal straks slettes, *”med mindre vedkommende mistenkes for en straffbar handling som kunne ha gitt selvstendig grunnlag for kontrollen”*, se straffeprosessloven § 216g bokstav b.

7.3.3 Kommunikasjonskontroll foretatt i utlandet

I *”Spania-saken”*¹¹⁴ var det spørsmål om bevis som var innhentet ved lovlig telefonavlytting i Spania kunne brukes som grunnlag for varetektsfengsling i Norge, når telefonavlyttingen ikke kunne ha blitt utført her siden strafferammen var for lav. Forhørsretten og Lagmannsretten mente begge at dette var det ikke adgang til, men kjæremålsutvalget mente dette bygde på en uriktig lovforståelse og kom til motsatt resultat.

¹¹⁴ Rt.2002 side 1744

Kjæremålsutvalget la avgjørende vekt på prinsippet om fri bevisbedømmelse og det materielle sannhetsprinsipp. Som et motargument står personvern hensyn som taler mot at loven tolkes utvidende, jf forsvarernes anførsler. Kjæremålsutvalget uttaler imidlertid på side 1747 at personene ikke kan *”ha noen beskyttelsesverdig forventning om at man i Norge ikke skal tillate brukt som bevis opplysninger som er innhentet ved lovlig kommunikasjonskontroll i vedkommende land”* når man selv har valgt å oppholde seg i Spania der det ikke er tilsvarende begrensninger i adgangen til kommunikasjonskontroll som i Norge.

Dette er også grunnen til at kjæremålsutvalget mener det ikke kan oppstilles som vilkår at det kunne ha vært iverksatt kommunikasjonskontroll i Norge, når opplysningene er innhentet ved lovlig kommunikasjonskontroll i utlandet.

Forsvarerne mente at forarbeidene talte mot denne forståelsen, men kjæremålsutvalget mente departementets uttalelser bare ga uttrykk for meningsytringer, der de uttaler at kommunikasjonskontroll foretatt i utlandet *”bør”* begrenses til saker der det er anledning til kommunikasjonskontroll i Norge.¹¹⁵

De begrensninger som følger av straffeprosessloven § 216i gjelder etter dette bare for kommunikasjonskontroll foretatt i Norge.

Kjæremålsutvalget presiserer at forutsetningen for at kommunikasjonskontroll i utlandet skal tillates som bevis i Norge, er at siktede får innsynsrett i disse opplysningene.

Det er imidlertid presisert i forarbeidene at politiet ikke kan be om kommunikasjonskontroll i utlandet for saker der dette ikke kan gjøres i Norge. (se punkt 8.7.5.) Dette var heller ikke tilfellet i Spania-saken, her hadde ikke politiet bedt om kommunikasjonskontroll, dette var det spanske politi som avgjorde.

Denne avklaringen er viktig, siden det spesielt i narkotikasaker ofte er slik at lovovertrederne opererer i forskjellige land.

¹¹⁵ Ot.prp.nr 64 (1998-1999) punkt 8.7.5

7.3.4 "for å forebygge at noen uskyldige blir straffet"

Med andre ord omhandler bestemmelsen forebyggelse av justismord, jf bokstav c. Det vil si at taushetsplikten faller bort når situasjonen er slik at uskyldige kan bli straffet.

Forarbeidene uttaler om dette punkt at siden det her er tale om å unngå at uskyldige blir straffet, skal det ikke her gjelde noen begrensninger.¹¹⁶

7.3.5 Avvergelse av straffbare handlinger

For at overskuddsinformasjon skal kunne brukes til å "*avverge en straffbar handling*" må denne handlingen kunne "*medføre frihetsstraff*", jf bokstav d. Dermed faller straff i form av bøter utenfor. Det er ikke noe vilkår at det må dreie seg om avvergelse av alvorlige forbrytelse, slik at man kan slutte at også avvergelse av forseelser omfattes.

Denne adgangen til bruk av overskuddsinformasjon gjelder uten begrensninger, dersom opplysningene ikke kommer ut. Det er i forarbeidene drøftet om politiet også skal ha adgang til å bruke opplysningene utad (punkt 8.9.3.3)

Forarbeidene peker på at ved å sette grensen ved de alvorligst former for kriminalitet, kan det oppstå konflikt med politiloven § 2 nr 2. Dette er jo en generell plikt for politiet til å avverge straffbare handlinger. Derfor mener departementet at opplysningene bør kunne brukes, også dersom de blir kjent utad.

7.3.6 Opplysninger til kontrollutvalget

Det følger av kommunikasjonskontrollforskriften § 16 første ledd at påtalemyndigheten skal gi kontrollutvalget all dokumentasjon fra kommunikasjonskontroll som utvalget "*finner nødvendig*". I annet ledd siste punktum sies det også uttrykkelig at hvis personer fra politi og påtalemyndighet skal avhøres av kontrollutvalget, skal de gjøre dette "*uten hensyn til taushetsplikt*." Jf også straffeprosessloven § 216i bokstav e.

¹¹⁶ ot.prp.nr.64 (1998-1999) punkt 8.9.3.3

8 Kontrollmekanismer for at kommunikasjonskontroll blir utført på en forsvarlig måte

For å ivareta den mistenktes interesser når påtalemyndigheten begjærer kommunikasjonskontroll, skal retten ”*straks oppnevne offentlig advokat for den mistenkte*” jf straffeprosessloven § 100a første ledd første punktum. Dette skal også gjøres når retten behandler en sak etter straffeprosessloven § 242a. § 100a ble tilføyd ved lov 3.desember 1999 nr 82, og var nok ment som en kompensasjon for at adgangen til kommunikasjonskontroll ble utvidet.

Kravet om at det ikke skal være kontakt mellom forsvareren og den siktede gjør at denne sikkerheten ikke blir optimal. Forsvareren må i stor grad basere seg på opplysninger han får fra påtalemyndigheten.

Den offentlige advokat kan påkjære kjennelser på den mistenktes vegne, jf annet ledd tredje punktum. I forarbeidene er det uttalt at bakgrunnen for denne regelen er at man skal prøve å få et topartsforhold, noe som er det vanlige ved rettssaker, selv om dette fortsatt allikevel ikke er noe ”*reelt topartsforhold*”, se ot.prp.nr.64 punkt 8.10.7. Allikevel er det sagt at dette er en viktig rettssikkerhetsgaranti. I saker der det kan bli behov for å forlenge bruken av kommunikasjonskontroll, anbefales det at samme advokat brukes ved denne avgjørelsen.¹¹⁷ På grunn av at advokaten får kjennskap til hemmelig informasjon, kan retten ved kjennelse ”*beslutte at en advokat som er oppnevnt etter denne bestemmelsen, ikke kan opptre som forsvarer senere i saken.*” jf fjerde ledd. Loven bruker ordet ”*kan*” slik at det ikke automatisk fører til at advokaten må avstå fra senere å opptre som forsvarer.

Når påtalemyndigheten fremsetter begjæring om bruk av kommunikasjonskontroll, er det retten som tar stilling til dette, jf straffeprosessloven §§ 216a og 216b første ledd. Dette er

¹¹⁷ Ot.prp.nr.64 (1998-1999) side 145

en viktig rettssikkerhetsgaranti. Men på den annen side er det også betenkeligheter ved dette, siden dette gjør at domstolene blir nært knyttet til politiet.¹¹⁸

Det kan også føre til vanskelige situasjoner når en dommer som har gitt tillatelse til et tvangsmiddel senere skal pådømme saken.¹¹⁹

Retten til å kreve underretning om at man har vært underlagt kommunikasjonskontroll er regulert i straffeprosessloven § 216j. Det heter at *”Enhver skal på begjæring gis underretning om hvorvidt han eller hun har vært undergitt kommunikasjonskontroll etter dette kapitlet.”* Dette er på en måte en kontrollordning, men underretning gis ikke automatisk, mistenkte må fremsette begjæring om dette. Det gjelder også en rekke unntak, slik at det er ikke alltid gitt at mistenktes begjæring imøtekommes. Begjæringen skal rettes til kontrollutvalget, jf kontrollforskriften § 23 første ledd.

Av straffeprosessloven § 216h første ledd første punktum heter det at *”Kontrollutvalget skal føre kontroll med politiets og påtalemyndighetens behandling av saker etter dette kapittel.”* Videre følger det at dette ikke gjelder for saker som gjelder etterretning, overvåking og sikkerhetstjeneste, siden det er etablert et eget kontrollutvalg for saker som går på rikets sikkerhet, jf kontrollforskriften § 12. Funksjonen til kontrollutvalget er beskrevet i kontrollforskriften § 14, der det står at utvalget *”skal kontrollere at politiets bruk av kommunikasjonskontroll skjer innenfor rammen av lov og instruks, at bruken av kommunikasjonskontroll begrenses mest mulig, og at kommunikasjonskontroll ikke skjer av hensyn til etterforskning i andre saker enn dem som er nevnt i straffeprosessloven § 216a eller § 216b.”*

Kommunikasjonskontroll er tidsbegrenset, jf straffeprosessloven § 216f. Det må konkret fremgå av kjennelsen hvor lenge tillatelsen varer, og den må ikke overstige 4 uker. Det fremgår videre av første ledd at tillatelsen heller ikke *”må være lenger enn strengt nødvendig.”* Dette følger også av det generelle forholdsmessighetsprinsippet som er nedfelt

¹¹⁸ Ot.prp.nr.24 (2002-2003) side 28 flg

¹¹⁹ Se nærmere om inhabilitetsbetraktninger under punkt 6.2.2

i straffeprosessloven § 170a. Derfor må lengden på tillatelsen *”begrenses til det tidsrom vilkårene for kommunikasjonskontroll kan antas å være tilstede”* jf uttalelse i Bjerke og Keiserud bind I side 753. Dette innebærer at selv om tillatelse kan gis for maksimalt 4 uker om gangen, er det ikke sikkert det er riktig å gjøre det hvis det ikke er grunn til det. Kommer det frem at betingelsene ikke lenger er tilstede, skal kommunikasjonskontrollen *”stanses før utløpet av den fristen som er satt i rettens kjennelse”*, jf kontrollforskriften § 5.

Politimesteren i hvert distrikt skal hvert kvartal sende rapportering til riksadvokaten *”med opplysning om kommunikasjonskontroll som har funnet sted eller som er blitt begjært eller beordret...”* jf kontrollforskriften § 10 første ledd. Det følger videre at det skal redegjøres for gjennomføring og resultat av kontrollen. Riksadvokaten skal tilsendes *”begjæring og ordre om kommunikasjonskontroll”* samt rettens kjennelse og underlagsdokumenter, se kontrollforskriften § 3. Innberetningen oversender riksadvokaten til kontrollutvalget sammen med dokumentene nevnt i § 3, se § 10 første ledd siste punktum.

Som nevnt tidligere i avhandlingen vil det faktum at kommunikasjonskontroll er svært ressurskrevende i seg selv være en kontrollmekanisme.

Politiet skal også føre protokoll med blant annet opplysninger om hjemmel, begjæring om kommunikasjonskontroll, se nærmere kontrollforskriften § 7.

9 Avslutning

Terskelen for å utvide politiets etterforskningsmetoder har blitt lavere de senere år.

Straffeloven § 60a inneholder enda en utvidelse av området for hvilke handlinger som kan medføre bruk av kommunikasjonskontroll, siden der en *”straffbar handling er utøvet som ledd i virksomheten til en organisert kriminell gruppe, forhøyes maksimumsstraffen i straffebudet til det dobbelte, likevel ikke med mer enn 5 års fengsel.”* jf første ledd.

Bakgrunnen for at ikke lenger er like stor tilbakeholdenhet med å utvide bruk av tvangsmidler, er nye utfordringer som kriminalitetsbekjempelsen står overfor. Særlig organisert kriminalitet og kriminalitet begått i etniske miljøer, der tradisjonelle etterforskningsmetoder ofte kommer til kort.

For det andre ligger frykten for terror i bakhånd, slik at Norge vil stå best mulig utrustet i terrorbekjempelsen.

Etter Lund-rapporten var det grunn til å være bekymret med henhold til hvordan borgernes rettssikkerhet ble ivaretatt ved bruk av kommunikasjonskontroll.

Det ser imidlertid ut som rettens begrunnelser ikke lenger er noe standardsvar, men en reell vurdering av hvert tilfelle.

Har oppnevnelsen av offentlig advokat bedret mistenktes rettsstilling ? Jeg mener at selv om det ikke er en optimal rettssikkerhetsgaranti, siden det ikke skal være kontakt mellom mistenkte og forsvareren, ser det ut som dette har dette ført til at rettens begrunnelse er blitt mer utførlig og at påtalemyndigheten må fremlegge tilstrekkelig dokumentasjon ved begjæringen.

Nå har også forsvareren etter anmodning også rett på innsyn i sakens dokumenter, jf straffeprosessloven §100a annet ledd annet punktum, slik at han blir bedre i stand til å ivareta mistenktes interesser.

Blir hensynene til rettssikkerheten og personvernet godt nok ivaretatt i dagens regler om kommunikasjonskontroll ?

Disse hensynene går som en rød tråd gjennom hele lovarbeidet med utvidelsen av kommunikasjonsreglene, samt i rettspraksis når høyesterett drøfter i forhold til innsynsretten. Samtidig er dette viktige hensyn i EMDs praktisering av så vel adgangen til kommunikasjonskontroll samt retten til innsyn.

Jeg mener at mistenktes rettsstilling er ivaretatt på en tilfredsstillende måte, og viser til kapittel 8 om kontrollordningene. En ting er hva politiet har hjemmel i lov til å gjøre, en annen ting er kontrollmekanismene som følger denne adgangen, slik at den vide adgangen politiet tilsynelatende har etter loven, blir kraftig begrenset i praksis. Jeg nevnte under punkt 4.6 at det ved lovforberedelsen til tvangsmidler i avvergende øyemed var delte meninger om behovet for dette. Allikevel kan det tenkes situasjoner der behovet er sterkt, og uansett tror jeg den vanlige borger har liten grunn til å frykte for å bli urettmessig avlyttet, slik forholdene synes å ha vært i den perioden Lund-kommisjonen gransket forholdene.

10 Litteraturliste

Bøker

Andenæs, Johs, *Norsk straffeprosess*, bind I, 3.utgave 2000

Andenæs, Johs, *Norsk Straffeprosess*, bind II, 3.utgave 2000

Bjerke. *Straffeprosessloven, Kommentartutgave*, bind 1. Hans Kristian Bjerke, Erik Keiserud. 3.utgave Oslo, 2001

Bjerke. *Straffeprosessloven, Kommentartutgave*, bind 2. Hans Kristian Bjerke, Erik Keiserud. 3.utgave Oslo, 2001

Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, 2.utgave 2002

Eskeland, Ståle, *Strafferett*, 2000

Hov, Jo, *Rettergang I, Sivil- og straffeprosess*, 1999

Hov, Jo, *Rettergang II, Straffeprosess*, 1999

Opsahl, Torkel, *Internasjonale menneskerettigheter*, 1996

Forarbeider

Dokument nr. 15 (1995-1996), Lund-rapporten

NOU 1993:3 om strafferettslige regler i terroristbekjempelsen

NOU 1997:15 om etterforskningsmetoder

NOU 2004:6 Mellom effektivitet og personvern

Ot.prp.nr. 40 (1991-92) Om lov om endringer i straffeprosessloven (telefonavlytting i narkotikasaker)

Ot.prp.nr 64 (1998-1999) Om lov om endringer I straffeprosessloven (etterforskningsmetoder m v)

Ot.prp.nr.24 (2002-2003) Om lov om endringer i straffeprosessloven mv. (begrensninger i adgangen til dokumentinnsyn og bevisførsel)

Ot.prp.nr 60 (2004-2005) Om lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven (romavlytting og bruk av tvangsmidler for å forhindre alvorlig kriminalitet)

Innst.O.nr.113 (2004-2005) Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeprosessloven og politiloven (romavlytting og bruk av tvangsmidler for å forhindre alvorlig kriminalitet)

Domsregister

Rt.1991 side 1018

Rt. 1991 side 1142

Rt.1993 side 1121

Rt.1993 side 1302

Rt.2002 side 1049

Rt.2002 side 1744

Rt.2003 side 648

Rt 2004 side 411

Rt.2004 side 477

Rt.2004 side 2023

Høyesterett kjennelse, avsagt 19.september 2005, HR-2005-01489-A

Høyesteretts kjæremålsutvalg kjennelse avsagt 22.september 2005, HR-2005-01511-U

Gulating Lagmannsrett kjennelse avsagt 25.08.05

EMD Rowe – and Davis mot Storbritannia, 16.februar 2000, sak 28901/95, Reports of Judgments and Decisions 2000-II

EMD, Schöps mot Tyskland, 13.februar 2001, sak 25116/94, Reports of Judgments and Decisions 2001-I

EMD, Garcia Alva mot Tyskland, 13.februar 2001, sak 23541/94

EMD Lietzow mot Tyskland, 13.februar 2001, Reports of Judgments and Decisions 2001-I

EMD, Jasper mot Storbritannia, 16.februar 2000, sak 27052/95

EMD, Fitt mot Storbritannia, 16.februar 2000, sak 29777/96

EMD, Kruslin mot Frankrike, 24.april 1990, A176-A

EMD, Engel m.fl. mot Nederland, 8.juni 1976, A22

EMD, Hauschildt mot Danmark, 24.mai 1989, A154

Lovregistre

Almindelig borgerlig Straffelov 1902 (straffeloven)

Straffeprosessloven av 22.mai 1981 nr.25 (straffeprosessloven)

Lov om domstolene av 13.august 1915 nr.5 (domstolsloven)

Lov om politiet av 4.august 1995 nr.53 (politiloven)

Forskrift om kommunikasjonskontroll (kommunikasjonskontrollforskriften)

Konvensjoner

Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK)

FN-konvensjonen om sivile og politiske rettigheter

Diverse

Artikkel fra Advokatredet.no (<http://www.advokatredet.no/pres/kr-adv-gisl-tlfavl.htm>)

Artikkel i aftenposten.no av 22.juni 2005

(<http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/oslo/article1064970.ece>)

Artikkel fra dagbladet.no av 12.08.2004

(<http://www.dagbladet.no/nyheter/2004/08/12/405267.html>)

Andre kilder

Bahr, Bernt, Oslo Tingrett, samtale september 2005

Bruusgaard, Reidar, Nye Kripos, samtale september 2005

